

# LOS INSTRUMENTOS PROCESALES INTERNOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS DE EUROPA CONTINENTAL Y SU INFLUENCIA EN OTROS PAÍSES.\*

SUMARIO: I. *La influencia del sistema angloamericano en algunos países europeos.* II. *Los Consejos de Estado y Constitucional en Francia.* III. *La Corte Constitucional austriaca.* IV. *El Tribunal Federal Constitucional alemán.* V. *La Corte Constitucional italiana.* VI. *El curso de derecho público en Suiza.* VII. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la carta republicana española de 1931 y el Tribunal Constitucional en la ley suprema de 1978.* VIII. *El sistema de control constitucional en el ordenamiento portugués.* IX. *Los tribunales constitucionales en algunos países socialistas: Yugoslavia y Checoslovaquia.* X. *La influencia Europea en América Latina: la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el Tribunal Constitucional chileno y la proyectada Corte Constitucional de Colombia.* XI. *Los tribunales constitucionales de Turquía, Chipre, Grecia, Irak, Corea y Vietnam del Sur.* XII. *Conclusiones.*

## I. INFLUENCIA DEL SISTEMA ANGLOAMERICANO EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS

1. Ya en los primeros años de este siglo, pero especialmente en la primera postguerra, surgió una fuerte corriente doctrinal favorable al establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, según el modelo

\*Este trabajo constituye un capítulo de estudio más amplio, sobre el cual hemos estado investigando y reuniendo material durante varios años, habiendo publicado parcialmente sus resultados en varios artículos y monografías, entre los cuales podemos mencionar los siguientes, citados cronológicamente: "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 393-469; "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina" (modificado y actualizado), en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968, pp. 69-111, traducido al inglés, francés y alemán; "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina", en el volumen colectivo *Festschrift für Karl Loewenstein* (Homenaje a Karl Loewenstein), Tübingen, 1971, pp. 485-508; "Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales", en el volumen colectivo de homenaje, *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles-París 1972, pp. 107-144; "Protección procesal de los derechos humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 13-14, enero-agosto de 1972, pp. 35-88; reproducido en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1972, pp. 413-474; "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 169-273; "El juicio de amparo en Latinoamérica", en el volumen colectivo *Memoria de El Colegio Nacional (1977)*, México, 1978, pp. 101-138; y "El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 227-267.

angloamericano, corriente considerada por Boris Mirkine Guetzevitch como uno de los aspectos fundamentales de la racionalización del poder.<sup>1</sup>

2. Por otra parte, este principio de la facultad de los tribunales de examinar la conformidad de las disposiciones legislativas con las normas fundamentales de la Constitución, ya se había consagrado en la Constitución Suiza de 29 de mayo de 1874, aun cuando limitada esta atribución en forma exclusiva al Tribunal Federal y respecto de disposiciones legales de carácter local (cantonal).<sup>2</sup>

3. Inclusive en Francia, que por tradición se ha mostrado refractaria al sistema de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, se perfiló una tendencia doctrinal muy marcada para lograr el reconocimiento de la facultad de los tribunales judiciales de conocer y resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, tomando en cuenta de que no se prohibía esta atribución en las leyes constitucionales de 1875, y en este sentido se pronunciaron juristas de gran prestigio como León Duguit<sup>3</sup> y Maurice Hauriou.<sup>4</sup>

4. También se ha puesto de relieve que tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas, aun cuando esta última con bastante timidez, pretendieron el establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, en virtud de que la Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919, no la prohibía expresamente, y en la práctica, algunas decisiones judiciales incluyendo varias del Tribunal Supremo (*Reichsgericht*), se pronunciaron por este sistema, el cual, en definitiva, no logró imponerse.<sup>5</sup>

5. Por otra parte, resulta lógico que la Constitución de Irlanda del 1º de julio de 1937, continuase con la tradición angloamericana de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que su artículo 54, fracción 3, inciso 2º confiere a los tribunales superiores (*High Court y Supreme Court*);<sup>6</sup> sistema que se mantiene en la actualidad.<sup>7</sup>

<sup>1</sup>Cfr. Mirkine-Guetzevitch, Boris, *Las nuevas constituciones del Mundo*, Madrid, 1931, p. 41

<sup>2</sup>Cfr. Solyom, Georges, *La jurisdiction constitutionnelle aux Etats Unies et en Suisse*, Genève-París, 1923, pp. 8 y ss., 87 y ss.; Imboden, Max, "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz" (Jurisdicción constitucional en Suiza), en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Jurisdicción constitucional en la actualidad), Köln-Berlín 1962, pp. 510-515.

<sup>3</sup>*Manuel de droit constitutionnel*, París, 1918, pp. 304-306; *Traité de droit constitutionnel*, tomo II, París, 1923, pp. 192 y ss., *Soberanía y libertad*, trad. de Acuña, José, Buenos Aires, 1943.

<sup>4</sup>*Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Ruiz del Castillo, Carlos, 2a. ed., Madrid, s.f., pp. 345-355.

<sup>5</sup>Cfr. Dietze, Gottfried, "Judicial Review in Europe", en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, febrero de 1957, pp. 545-548; Cappelletti, Mauro y Adams, John Clarke, "Judicial Review of Legislation. European Antecedents and Adaptations", en *Harvard Law Review*, abril de 1966, pp. 1213-1224; Kommers, Donald P., "Judicial Review: Its Influence Abroad", en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, Penn., noviembre de 1976, pp. 56-64.

<sup>6</sup>El texto de este precepto puede consultarse en la obra de Mirkine Guetzevitch, Boris, *Les Constitutions Européennes*, tomo II, París, 1951, p. 487.

<sup>7</sup>McWhinney, Edward, "The Courts and the Constitution in Catholic Ireland", en su libro *Judicial Review*, Toronto, Canada, 2a. ed., 1969, pp. 156-173; Kelly, John M., "Protection of the

6. También podemos mencionar que el sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes se estableció en el régimen constitucional de Rumania, de acuerdo con el artículo 103 de la Carta Fundamental de 29 de marzo de 1923, que lo confería únicamente a la Corte de Casación,<sup>8</sup> pero esta atribución fue suprimida en cuanto Rumania se transformó en República Popular por influencia soviética en los términos de su Ley Fundamental de 17 de abril de 1948.<sup>9</sup>

7. También se practicó el sistema angloamericano de control de la constitucionalidad de las leyes en la República Italiana con anterioridad al funcionamiento de la Corte Constitucional, que inició sus labores hasta 1956, ya que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo VII transitorio de la Carta Fundamental que entró en vigor el 1º de enero de 1948:

Hasta en tanto no entre en funciones la Corte Constitucional, la decisión de las controversias señaladas en el artículo 134 (relativas a la inconstitucionalidad de las leyes) tendrá lugar según las formas y dentro de los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución.

Lo que significó que existiendo una Carta Constitucional rígida, diversa del estatuto flexible llamado "Albertino", que estuvo vigente hasta 1948, los jueces ordinarios podían desaplicar en cada caso concreto las disposiciones legales que estimaren contrarias a la Ley Suprema, es decir, el sistema de carácter difuso, incidental y particular que distingue, según la doctrina, a la justicia constitucional americana.<sup>10</sup>

8. En cierta medida también se ha venido aplicando el sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con la influencia angloamericana, en los ordenamientos de Noruega y Dinamarca y recientemente en Grecia.<sup>11</sup>

Individual Against the Executive in the Republic of Ireland" en el volumen colectivo *Gerichtsschutz gegen die Executive* (Protección judicial contra el Ejecutivo), Köln, Berlín, Bonn, München, Dobbs Ferry-New York, tomo I, 1969, pp. 428-430.

<sup>8</sup> El referido precepto establecía: "Sólo el Tribunal de Casación tiene el derecho de estatuir en pleno, sobre la constitucionalidad de las leyes y declarar inaplicables las que son contrarias a la Constitución. Sus fallos en la materia se limitan estrictamente al caso juzgado. . ."

<sup>9</sup> El texto de esta Ley Fundamental en versión francesa puede consultarse en la obra de Mirkin-Guetzevitch, Boris, *Les Constitutions Européennes*, cit., *supra* nota 6, pp. 644-655; Murville, M.A., "Romania. Particular Features of Government and Law", en la obra *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, tomo I, New York, The Hague, London, 1959, pp. 386-390.

<sup>10</sup> Cfr. Calamandrei, Piero, "La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil", en su obra *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1962, pp. 63-64; Cappelletti, Mauro, "La justicia constitucional en Italia", trad. de Fix-Zamudio, Héctor, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 43-44.

<sup>11</sup> Cfr. Castberg, Frede, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark" (La jurisdicción constitucional en Noruega y en Dinamarca), en el volumen ya citado, *Verfassungsgericht-*

9. En tal virtud, se advierte en la primera postguerra una tendencia acentuada hacia el establecimiento de los instrumentos angloamericanos, si bien no exactamente los específicos de tutela de los derechos humanos, pero sí de aquellos relativos al control de la constitucionalidad de las leyes, que son los comprendidos en la revisión judicial, a tal grado, que el tratadista Carl Schmitt, que sentía escasa atracción por la intervención de los tribunales en el control constitucional de los actos de autoridad, afirmaba en esa época, que el modelo angloamericano y particularmente el implantado a través de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se había transformado en una especie de mito.<sup>12</sup>

10. Sin embargo, también en la primera postguerra surgió el sistema preconizado por el ilustre Hans Kelsen, orientado en el sentido de establecer un tribunal constitucional especializado, al cual debía atribuirse de manera exclusiva el conocimiento de decisión de las cuestiones constitucionales, es decir, el Tribunal o Corte Constitucional, que fue implantado en las Cartas Fundamentales de Austria y Checoslovaquia.<sup>13</sup>

11. Estas dos tendencias, es decir, las que se han calificado como "americana" y "austriaca" del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, tomando en consideración que tuvieron su nacimiento en América — no sólo en los Estados Unidos sino en la mayor parte de Latinoamérica siguiendo el ejemplo norteamericano — y en Austria, respectivamente;<sup>14</sup> se disputaron la primacía en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial, y aun cuando en un principio parecía triunfante la tendencia angloamericana, según hemos visto, después de la tremenda experiencia de las dictaduras nazifacistas y de la Segunda Guerra Mundial, la balanza se ha inclinado por los tribunales constitucionales especializados, como lo haremos notar más adelante.

12. Por ello es que, tomando en cuenta lo anterior y por otra parte la apreciable influencia de la justicia administrativa de inspiración francesa, nos permitimos hablar de un sistema europeo continental de protección de los derechos humanos, pues si bien no es posible descubrir categorías estrictamente

*tsbarkeit in der Gegenwart*, supra nota 2, pp. 418 y ss; Wold, Terje, "El Comisario Parlamentario noruego para la administración civil", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, La Haya, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 27-28. Por otra parte y en cierta manera parece haberse implantado el sistema americano, combinado con el europeo, según se dirá más adelante, en el artículo 93, parágrafo 4, de la reciente Constitución Griega de 9 de junio de 1975, cfr. Catsiapis, Jean, "La Constitution de la Grèce du 9 juin 1975", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, noviembre-diciembre de 1975, pp. 1597-1598.

<sup>12</sup> *La defensa de la Constitución*, trad. de Sánchez Sarto, Manuel, Barcelona, 1931, p. 21.

<sup>13</sup> Cfr. Mirkine Guetzvitch, Boris, *Las nuevas Constituciones del Mundo*, cit., supra nota 1, pp. 32-35.

<sup>14</sup> Cfr. Los estudios fundamentales de carácter comparativo del distinguido tratadista italiano Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Gómez Lara, Cipriano y Fix-Zamudio, Héctor, México, 1966, pp. 34-48; "Judicial Review of Legislation: the Organs of Control. A Comparative Analysis", en el volumen colectivo *The Festschrift for Prof. J. Nakata*, Kyoto, Japón, 1968, sobretiro, pp. 4-18; *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Kansas, New York, 1971, pp. 68-84.

delimitadas en la práctica, por el contrario, resulta factible señalar ciertos rasgos distintivos que nos autorizan a esquematizar los instrumentos tutelares de los derechos fundamentales de la persona humana.

## II. LOS CONSEJOS DE ESTADO Y CONSTITUCIONAL EN FRANCIA

13. A) Debido a que en Francia no existen instrumentos específicos para la tutela de los derechos humanos, aun cuando se observa la tendencia de establecerlos, al menos por lo que se refiere a la tutela de la libertad individual, según se observa de la Ley 70-643 de 17 de julio de 1970, relativa al reforzamiento de la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos, y a la cual nos referiremos más adelante; podemos afirmar que el organismo que ha ocupado el primer lugar en la defensa de los propios derechos humanos, a través de una jurisprudencia que puede calificarse como excepcional, es el Consejo de Estado.

14. Aun cuando la meritoria labor del propio Consejo de Estado, como resulta lógico, se ha concentrado en la defensa de los particulares frente a la administración —la que por otra parte debido a su desbordamiento en todos los campos, se ha transformado en la fuente esencial de las violaciones a los derechos humanos— ha constituido el refugio fundamental de los gobernados para la protección de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente.

15. Este organismo de prestigio internacional tuvo su origen mediato en el Consejo Real y puede remontarse a la época del Imperio Romano, en su doble función de consejero jurídico y asesor en los fallos del Emperador y del Monarca, pero toma su forma moderna en virtud de las leyes de 6, 7-11 de octubre de 1790, expedidas por la Asamblea Nacional.<sup>15</sup>

16. La creación de este organismo tuvo su apoyo en el principio de la división de los poderes —en realidad, de las funciones— que se inspira en las ideas divulgadas por el Barón de Montesquieu,<sup>16</sup> al estimarse por los revolucionarios franceses que los actos de la administración no podían ser sometidos al examen de los tribunales, de acuerdo con el principio que entonces se sustentó en el sentido de que: "Juzgar a la administración es también administrar".<sup>17</sup>

17. El Consejo de Estado francés fue obteniendo gradualmente independencia de la administración, a cuya esfera pertenece desde el punto de vista formal, tomando en cuenta que el desarrollo de la institución se perfecciona notablemente a partir de la Ley de 24 de mayo de 1872, que transformó el Consejo, en cuanto sus funciones judiciales, en un tribunal de jurisdicción delegada y con cierta autonomía para dictar sus fallos; y a partir de entonces, a través de una labor que puede calificarse de admirable, el propio organismo construyó una jurisprudencia ejemplar en la cual, como ha destacado la

<sup>15</sup> Cfr. Letourner, Maxime, "El Consejo de Estado francés", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

<sup>16</sup> *El espíritu de las leyes*, trad. de Estevanez, Nicolás y Huici, Matilde, Buenos Aires, 1951, libro XI, capítulo VI, "De la Constitución de Inglaterra", pp. 202 y ss., especialmente, p. 210.

<sup>17</sup> Cfr. Sandevour, Pierre, *Études sur le recours de pleine juridiction*, París, 1964, pp. 115 y ss.

doctrina, se advierte un difícil equilibrio entre la audacia y la prudencia, que le ha permitido constituirse en un baluarte de particular frente a los actos y resoluciones de la administración.<sup>18</sup>

18. Otra etapa muy importante en la evolución de este organismo fue determinada por la Ley de 30 de septiembre de 1953, de acuerdo con la cual y en virtud del recargo extraordinario de labores del Consejo, se reorganizó totalmente la justicia administrativa, de tal manera que los Consejos de Prefectura, que actuaban como jueces de instrucción, se sustituyeron por tribunales administrativos de primera instancia, y a partir de entonces, el Consejo de Estado opera, salvo casos excepcionales, como tribunal de apelación, e inclusive como corte de casación cuando se impugna la legalidad de los fallos de ciertos tribunales administrativos, como el Tribunal de Cuentas, así como las resoluciones disciplinarias de los colegios profesionales, ya que con pocas excepciones, ningún acto o resolución administrativa escapa a su control.<sup>19</sup>

19. Nominalmente el Consejo de Estado está presidido por el Primer Ministro o por el Ministro de Justicia, pero en realidad, la dirección corresponde al Vicepresidente del citado organismo, que suele ser un jurista muy destacado, pudiendo señalarse a este respecto, que entre los años de 1944-1960, la Vicepresidencia y dirección real correspondió al ilustre René Cassin, que como es bien sabido, fue uno de los adalides más conspicuos de la defensa jurídica de los derechos humanos.<sup>20</sup>

20. Según se ha dicho, el Consejo de Estado posee una doble función, la primera consiste en la de asesor jurídico del gobierno, el cual le somete para dictamen los principales proyectos de leyes, reglamentos y decretos, habiéndose establecido una estrecha colaboración entre el propio gobierno y el Consejo en cuanto a la elaboración de los proyectos legislativos, atribución que se efectúa por cuatro secciones de carácter consultivo.

21. Pero la actividad que más nos interesa es la de juez administrativo, que realiza la llamada Sección de lo Contencioso que a su vez se divide en numerosas subsecciones, las cuales tramitan primeramente los asuntos y los someten a la revisión de la Sección, y finalmente a la reunión plenaria, que es de dos cla-

<sup>18</sup> Cfr. Letourner, Maxime, "El Consejo de Estado francés", cit., *supra* nota 15. especialmente p. 99.

<sup>19</sup> Debe tomarse también en cuenta el Reglamento relativo a la organización y funcionamiento del Consejo de Estado, de acuerdo con el Decreto publicado el primero de agosto de 1963, y sus posteriores reformas según Decretos de 26 de agosto de 1975; cfr. Letourner, Maxime, *op. ult. cit.*, p. 100; Fromont, Michel, "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif", en el volumen *Gerichtsschutz gegen die Executive*, cit., *supra* nota 7, tomo I, pp. 242-145; Auby, Jean Mary y Fromont, Michel, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne. Allemagne, France, Italie, Luxembourg, Pays Bas*, París 1971, pp. 198-203, sobre las reformas más recientes, puede consultarse el minucioso estudio de Auby, Jean-Marie y Drago, Roland, "La réforme du Conseil D'État (Décrets du 26 août 1975)", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, noviembre-diciembre de 1975, pp. 1503-1523.

<sup>20</sup> Cfr. Conseil d'État, "Hommage au Président René Cassin", en el volumen *Études et Documents 1968*, París, 1969, pp. 15-26.

ses, la general de todas las Secciones, y la de la referida Sección de lo Contencioso.<sup>21</sup>

22. Podemos afirmar que en esencia, ante el Consejo de Estado se pueden hacer valer tres tipos de impugnaciones:

23. a) *Exceso o abuso de poder*, que implica la nulidad de la resolución administrativa que se ha dictado por autoridad incompetente, cuando no se han respetado las formalidades del procedimiento, o bien cuando deba considerarse ilegal en cuanto al fondo.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Cfr. Letourner, Maxime, "El Consejo de Estado francés", cit., *supra* nota 15, pp. 102 y ss.; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1963, tomo I, pp. 288 y ss. Además de los trabajos anteriores, debido a que la bibliografía sobre el Consejo de Estado francés en su calidad de órgano de justicia administrativa, es impresionante, nos limitamos a señalar los de más fácil consulta: Auby, Jean Marie y Drago, Roland, *Traité de contentieux administratif*, 2a. ed., 2 vols., París, 1975; Delcrois, Xavier y Wolf, Didier, *Le contentieux administratif*, en la serie "La documentation française" núms. 2.9-2.10, París, febrero de 1976; Auby, Jean Marie, y Fromont, Michel, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Européenne*, cit., *supra* nota 19, pp. 155-176; Fiorini, Bartolomé, "El sistema contencioso-administrativo en Francia", en *Revista de Derecho y Administración Municipal*, Buenos Aires, mayo de 1944, pp. 427-453; Barbet, Marc-Henry, "Crisis del crecimiento del contencioso administrativo en Francia", y Vedel, Georges, "La reforma del recurso contencioso administrativo en Francia", ambos en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, enero-junio de 1955, pp. 99-112; Fromont Michel, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, cit., *supra* nota 19, pp. 244-268; Lueso, José Joaquín, "Controlor jurisdiccional de la administración. Recursos de plena jurisdicción y de anulación", en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, Argentina, marzo de 1970, pp. 83-85; Remington, Michael, J., "The Tribunaux Administratifs: Protectors of the French Citizen", en *Tulane Law Review*, December 1976, New Orleans, N.O.; pp. 34-93.

<sup>22</sup> En relación con el derecho mexicano debe señalarse que los motivos de exceso y abuso de poder están consignados en el artículo 228 del Código Fiscal de la Federación, en cuanto establece que: "Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo: a) Incompetencia del funcionario o empleado que haya dictado el acuerdo o que haya tramitado el procedimiento impugnado; b) Omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente deba revestir la resolución o el procedimiento impugnado; c) Violación de la disposición aplicada, o no haberse aplicado la disposición debida. . .". Por otra parte, el artículo 21 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, en su texto reformado por Decreto legislativo promulgado el 27 de diciembre de 1978 y publicado el 3 de enero de 1979, dispone que pueden ser impugnados los actos administrativos que las autoridades del Departamento del Distrito Federal dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar en agravio de los particulares, incluyendo los de carácter fiscal; y a su vez, el artículo 22 del mismo ordenamiento, establece como causas de nulidad de los actos impugnados: I. Incompetencia de la autoridad; II. Incumplimiento u omisión de las formalidades legales; III. Violación de la Ley o no haberse aplicado la debida, y IV. *Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta o cualquiera otra causa similar*. La bibliografía mexicana sobre el proceso administrativo, anteriormente sólo reducida al examen del proceso tributario, ha aumentado considerablemente en los últimos años, y en vía de ejemplo señalaremos las obras más significativas: Carrillo Flores, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México, 1939, cuya segunda edición lleva el nombre de *La justicia federal y la administración pública*, México, 1973; Nava Negrete, Alfonso, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959; Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal fiscal: el régimen federal mexicano*, México, 1974; Porras López, Armando, *Derecho procesal: doctrina, legislación, jurisprudencia*, México, 1969; Margain Manatou, Emilio, *De lo contencioso administrativo de anulación o ilegitimidad*, San Luis Potosí, 1969; Hedúan Virués, Dolores, *Las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*, México 1961; *Id.*, *Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971; González Pérez, Jesús, "La

24. b) *Desviación de poder*, que es el aspecto más importante de la elaboración jurisprudencial del referido Consejo de Estado, ya que implica la revisión de los actos y resoluciones administrativas dictados en ejercicio de *facultades discrecionales*, respecto de las cuales se puede examinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o los motivos legales del mismo.<sup>23</sup>

25. c) El llamado "*contencioso de plena jurisdicción*" que implica el examen de los contratos de obras públicas y la responsabilidad de los funcionarios públicos y de la administración.<sup>24</sup>

26. Claro que todos estos medios de impugnación no están estructurados como remedios específicos para la tutela procesal de los derechos del hombre, sino en principio, para la protección de los derechos y de los intereses legítimos de los administrados, o sea, que el examen que practica el Consejo de Estado, en forma directa sólo está dirigido al *control de la legalidad* pero no de la constitucionalidad.

27. Sin embargo, de manera *indirecta o mediata*, el mismo Consejo de Estado se ha convertido en el organismo más importante para la tutela de los derechos fundamentales de la persona, que como es bien sabido, al menos los de carácter individual, no están expresamente consagrados en las Cartas Fundamentales de 1875, 1946 — en cuyo preámbulo se consignan algunos derechos de carácter social — y la vigente de 1958, pero en las dos últimas se expresa la adhesión a los derechos del hombre definidos por la Declaración de 1789.<sup>25</sup>

28. En tales condiciones, el propio Consejo de Estado ha tutelado los derechos humanos desde diversos ángulos, habiéndose impuesto el criterio de que el Preámbulo de la Constitución debe considerarse como la fuente

justicia administrativa en México". en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, octubre-diciembre de 1972, pp. 751-815; Armienta Calderón, Gonzalo *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, 1977; Vázquez Galván, Armando y García Silva, Agustín, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*, México, 1977.

<sup>23</sup> El desvío de poder como motivo de nulidad de las resoluciones administrativas, está limitado en el procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 228, inciso d) del Código Fiscal Federal, citado en la nota anterior, limitación que ha sido criticada por la doctrina. *Cfr.*, entre otros, Cortina Gutiérrez, Alfonso, "El control jurisdiccional administrativo de la legalidad de la facultad discrecional", en el volumen colectivo *Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXV aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, México, 1965, pp. 81-82; Hedúan Virués, Dolores, *Las funciones del Tribunal Fiscal*, cit., nota anterior, pp. 91-100; Nava Negrete, Alfonso, *Derecho Procesal administrativo*, citado nota anterior, p. 343. Por el contrario, es mucho más amplio el concepto de desvío de poder, tratándose de facultades discrecionales, en el artículo 22 fracción IV, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, también mencionado en la nota anterior.

<sup>24</sup> En cuanto al derecho mexicano en esta materia, *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del proceso tributario en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués Laso*, tomo III, Madrid, 1969, pp. 1084-1085.

<sup>25</sup> *Cfr.* Duverger, Maurice y Sfez, Lucien, "Die staatsbürgerliche Freiheitsrechte in Frankreich und in der Union Française", (Los derechos de libertad de los ciudadanos en Francia y en la Unión Francesa), en la obra colectiva *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie un Praxis der Grundrechte* (Los derechos fundamentales. Manual de la teoría y la práctica de los derechos fundamentales), tomo II, Berlín, 1959, pp. 568-569.



de principios generales de derecho aplicables por el mismo Consejo a las controversias sometidas a su conocimiento, y a través de estos principios se ha otorgado valor legislativo a la citada declaración de derechos de 1789, complementada en 1946.<sup>26</sup>

29. Con este fundamento, el citado organismo ha dejado sin efecto numerosos actos y resoluciones contrarios a los derechos fundamentales de los gobernados, o que tenían su apoyo en disposiciones, particularmente las expedidas por el Ejecutivo: reglamentos, decretos-leyes, etcétera, que lesionaban indebidamente los mismos derechos.

30. Esta actividad del Consejo de Estado y su intervención en la aplicación indirecta de otras disposiciones constitucionales, han llevado a la tratadista francesa Francine Batailler, a calificar al citado organismo como "juez constitucional", en un estudio profundo y exhaustivo.<sup>27</sup>

31. Estamos de acuerdo con el tratadista español Jesús González Pérez cuando afirma que lo que existe de valor universal en el sistema francés de justicia administrativa, radica esencialmente en la idoneidad del personal que integra los órganos que la imparten, y que por lo mismo no puede trasplantarse sin una seria reflexión a otras legislaciones.<sup>28</sup>

32. Sin embargo, ha sido tal el prestigio internacional alcanzado por el Consejo de Estado, que ha influido directamente en la creación de Consejos de Estado similares, en varios organismos europeos, como son los de Bélgica, Italia, Grecia, Holanda y España hasta 1904,<sup>29</sup> y también en América, en la legislación colombiana, y en cierta medida en la de Ecuador.

33. También se advierte la influencia del sistema francés, aun cuando todavía parcial, en la creación de tribunales fiscales en varios países latinoamericanos, entre los cuales pueden mencionarse los ordenamientos de Méxi-

<sup>26</sup> Cfr. Batailler, Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, París, 1966, pp. 114 y ss.; Letourner, Maxime, "El Consejo de Estado", cit., *supra* nota 15, pp. 114-115; Eissenmann, Charles y Hammon, Leo, "La juridiction constitutionnelle en droit française", en el volumen ya mencionado, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, *supra* nota 2, pp. 284-285; Duverger, Maurice y Sfez, Lucien, *op. ult. cit.*, pp. 634-640.

<sup>27</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 63-155.

<sup>28</sup> *Tratado de derecho procesal administrativo*, cit., *supra* nota 2, tomo I, pp. 294-295.

<sup>29</sup> Cfr. Auby, Jean-Marie y Fromont, Michel, *Les recours contre les actes administratifs*, cit., *supra* nota 19, pp. 139 y ss.; Velu, Jacques, "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Belgique", tomo I, especialmente pp. 63-65; Langemeier, G.E., "Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in den Niederlanden" (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en los Países Bajos), tomo II, pp. 801-803; Tsatsos, Themistokles, "Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Griechenland" (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Grecia), tomo I, pp. 292-320. En relación con Grecia, la nueva Constitución de 9 de junio de 1975 ha mantenido el sistema de la justicia administrativa a través del Consejo de Estado, de acuerdo con el modelo francés, en su artículo 95. Todos los trabajos anteriores fueron publicados en la obra ya mencionada, *supra* nota 7, *Gerichtsschutz gegen die Executive*. También puede consultarse el estudio comparativo del tratadista español González Pérez, Jesús, *Tratado de derecho procesal administrativo*, *supra* nota 21, tomo I, pp. 452-460.

co,<sup>30</sup> Argentina, Costa Rica, Ecuador y Venezuela, siendo posible incluir en este sector a Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, aunque no poseen tribunales especiales para esta disciplina.<sup>31</sup>

34. Por otra parte el citado Consejo de Estado no es el único organismo que tutela en forma indirecta los derechos humanos en el sistema francés, ya que esta noble función la comparte con la Corte de Casación y con el Consejo Constitucional.<sup>32</sup>

35. B) Para orientarnos en la difícil cuestión de la delimitación de competencias para la protección de los derechos fundamentales, entre el Consejo de Estado y la Corte de Casación — esta última como culminación de la jurisdicción ordinaria — es preciso hacer referencia, así sea somera, a una institución que ha sido apreciada en forma muy vacilante por el Tribunal de Conflictos, como organismo que resuelve los conflictos de atribución entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria.

36. Esta institución es la llamada *vía de hecho*, que en esencia podemos describir como el instrumento jurídico que puede utilizarse por el administrado para impugnar ante los tribunales ordinarios un acto o resolución administrativa ostensiblemente ilegal, que por este motivo se considera despojada de su carácter oficial, transformándose en un simple hecho violatorio de la esfera jurídica del particular.<sup>33</sup>

37. El Tribunal de Conflictos francés había establecido, aun cuando no con gran precisión, los límites de esta vía de hecho, en relación con la ilegalidad que la doctrina ha calificado como "simple", es decir que no rebasa ciertos límites, otorgando la competencia para conocer de la primera a los tribunales judiciales y en su cúspide, a la Corte de Casación, en tanto que la facultad para decidir sobre la ilegalidad de los actos administrativos se confería en principio, al Consejo de Estado, y en términos generales, a los tribunales administrativos.

38. En efecto, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, se configuraba la vía de hecho, en el caso de atentados graves al derecho de propiedad y a las libertades públicas.

<sup>30</sup> En el ordenamiento mexicano, además del Tribunal Fiscal de la Federación y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, se han establecido tribunales administrativos locales, con competencia para conocer conflictos tributarios, en los Estados de México (1970), Veracruz (1975), Sinaloa (1977) y Sonora (1978).

<sup>31</sup> Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *El proceso administrativo de Iberoamérica*, México, 1968, pp. 270 y ss.; Atchabahian, Adolfo, "Lo contencioso tributario en América, Ubicación del Tribunal Fiscal de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos", en el volumen *Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, México, 1966, pp. 141-191.

<sup>32</sup> Cfr. Batailler, Francine, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., *supra* nota 26, pp. 28-58; Eisenmann, Charles y Hammon, Leo, "La juridiction constitutionnelle en droit française", cit., *supra* nota 26, pp. 255 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Vedel, Georges, "La juridiction competente pour prevenir, faire cesser ou reparer la voie de fait administrative", en *Juris classeur périodique*, París, 18 de mayo de 1950, No. 851. Leclercq, Claude, "Le déclin de la voie de fait", en *Revue du droit public et de la science politi-*

39. Sin embargo, como lo destaca la doctrina más reciente, la vía de hecho se ha debilitado debido a una serie de factores, tales como la invocación de los llamados actos de gobierno, de actividades militares; situaciones de urgencia, etcétera,<sup>34</sup> con lo que se disminuye la esfera de aplicación de la vía de hecho, y los actos o resoluciones de los funcionarios administrativos, aun cuando constituyan serios atentados a los derechos fundamentales, se transforman en ilegalidad simple, de acuerdo con la jurisprudencia tanto del Tribunal de Conflictos como de la Corte de Casación y del Consejo de Estado; por lo que resulta aconsejable que se unifique el criterio y se atribuya decididamente la tutela de los derechos del hombre, así sea en la forma indirecta que hemos señalado, a la justicia administrativa.<sup>35</sup>

40. C) Después de esta breve aclaración, haremos referencia a la labor de la Corte de Casación francesa como órgano protector de los derechos fundamentales, y cuyos antecedentes los descubrimos en el *Conseil des Parties* de la monarquía francesa.<sup>36</sup>

41. La citada Corte de Casación fue creada también por la revolución francesa como una expresión del principio de la división de los poderes, de acuerdo con el Decreto de la Asamblea Nacional de 27 de noviembre — primero de diciembre de 1790 —, subordinándolo al cuerpo legislativo — no obstante su denominación de tribunal — con el propósito de vigilar que los jueces ordinarios aplicaran exacta y correctamente la ley, emanación de la voluntad general.<sup>37</sup>

42. Es bien conocida la evolución de este organismo, que se transformó paulatinamente en el tribunal supremo, al independizarse del departamento legislativo según la Ley de 1º de abril de 1837, ya con el nombre y estructura actuales de la Corte de Casación francesa, y de ahí se fue extendiendo a casi todas las legislaciones en las cuales se advierte la influencia del derecho continental europeo.<sup>38</sup>

La Corte de Casación está estructurada, inclusive en la actualidad, como un organismo que ejerce el control supremo de la legalidad de todos los tribunales, y por lo mismo, no realiza funciones de control constitucional, con mayor razón en Francia, en la que existe una tradición contraria al sistema americano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.<sup>39</sup>

*que en France et à l'étranger*, París julio-agosto de 1963, pp. 662-668; Dran, Michel, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, París, 1968, pp. 226-258.

<sup>34</sup> Cfr. Leclercq, Claude, *op. ult. cit.*, pp. 682-683.

<sup>35</sup> Cfr. Leclercq, Claude, *op. ult. cit.*, pp. 693-713.

<sup>36</sup> Cfr. Calamandrei, Piero, *La casación civil*, trad. de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1961, tomo I vol. II, pp. 350 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. Calamandrei, Piero, *op. ult. cit.*, tomo I, vol. II, pp. 35 y ss.; Chénon, Emile, *Origines, condition et effects de la casation*, París, 1882, pp. 65-73.

<sup>38</sup> Cfr. Calamandrei, Piero, *op. ult. cit.*, tomo I, vol. II, pp. 109 y ss.

<sup>39</sup> A esta tradición se refiere expresamente el distinguido constitucionalista francés Burdeau, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18a. ed. París, 1977, pp. 112-113, a la que califica como "hostil" al control judicial; y en un sentido similar se pronuncia Engel, Salo,

43. Sin embargo, paralelamente al citado Consejo de Estado, la Corte de Casación realiza, en forma indirecta el control relativo a la constitucionalidad de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente tratándose de la libertad personal.

44. En efecto, en virtud del artículo 66 de la Constitución vigente de 4 de octubre de 1958: "Nadie podrá ser preso arbitrariamente. *La autoridad judicial asegurará el respeto a este principio en las condiciones establecidas por la ley*".

45. A este respecto, la Ley 70-643 de 17 de julio de 1970, tendiente a reforzar la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos, reformó, con el objeto de evitar detenciones arbitrarias, varios artículos del Código de Procedimientos Penales que regulan la detención preventiva, introduciendo una serie de medidas más flexibles dentro del concepto del llamado "control judicial"<sup>40</sup> y limitando la detención preventiva a las situaciones indispensables, y con una duración máxima de cuatro meses, obligando al juez de instrucción a fundar cuidadosamente su resolución, si bien la detención puede prolongarse a través de una nueva resolución motivada, por otros cuatro meses.

46. Por otra parte, se otorga una mayor intervención al inculcado, el que en todo momento y en cualquier estado del procedimiento puede solicitar su libertad, tanto ante el juez de instrucción, como ante el cuerpo colegiado o inclusive ante la Corte de Casación (artículos 144 a 148, reformados del Código de Procedimientos Penales).

47. Ahora bien, no obstante que en la exposición de motivos de la citada Ley 70-643, se afirmó que estos instrumentos resultan equiparables al *habeas corpus* angloamericano,<sup>41</sup> en realidad, se trata de medidas de aseguramiento del inculcado dentro del proceso penal, pero no de una institución específica

"El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la postguerra", en *Revista Jurídica Interamericana*, Nueva Orleans, 1964, pp. 90 y ss; por su parte, el tratadista italiano Bataglini, Mario, en su estudio "Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi que non hanno controllo", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 1962, pp. 673-678, hace referencia a los diversos proyectos que se presentaron en la Asamblea Nacional francesa a partir de los últimos años del siglo XIX y los primeros del presente, con el objeto de establecer una Corte Suprema con la función de control de la constitucionalidad de las leyes, siguiendo el modelo americano, y entre ellas destaca el proyecto de Benoist, Charles, presentado el 28 de enero de 1903 y que se trató de resucitar sin éxito en varias ocasiones.

<sup>40</sup> Según el artículo 138 del citado ordenamiento, el juez de instrucción puede ordenar varias medidas de seguridad cuando se trata de la acusación por delitos de cierta gravedad; medidas entre las cuales se señalan: que el inculcado no abandone los límites territoriales señalados por el mismo juez de instrucción; que no se ausente de su domicilio o de la residencia fijada por el referido juez de instrucción en las condiciones y por los motivos determinados por el propio juzgador; que no visite determinados lugares o no se traslade sino a los señalados judicialmente; el deber de informar al juez de instrucción de todo viaje fuera de los límites fijados; la obligación de presentarse periódicamente a los servicios o a las autoridades señalados por el repetido juez de instrucción y someterse, según el caso, a las medidas de control en cuanto a sus actividades profesionales, o su asistencia a instrucciones de enseñanza, etcétera.

<sup>41</sup> Cfr. "Documents de l'Assemblée Nationale, Annexes au procès verbaux des séances", en el *Journal Officiel*, París, 23 de marzo de 1971, p. 1146.

que permita examinar la situación del propio inculcado o de cualquier detenido, ante un juez diverso del que tramita la causa o de la autoridad que hubiese ordenado o efectuado la detención o en otras palabras, no se configura un procedimiento autónomo de tutela constitucional de la libertad individual, como ocurre tratándose del *habeas corpus* en su dimensión propia.

48. Aun cuando es verdad que las medidas de seguridad de la ley mencionada permiten una regulación más adecuada de la detención preventiva en el proceso penal, puede afirmarse que la protección de la libertad personal garantizada constitucionalmente se tutela ante los órganos judiciales a través de la reclamación para exigir la responsabilidad civil y criminal de los autores de la propia detención, cuando la misma proviene de autoridades administrativas.<sup>42</sup>

49. Inclusive la Ley 70-643 reafirma esta situación en relación con la detención preventiva en el proceso penal, estableciendo un procedimiento específico para que los afectados con una detención indebida puedan reclamar una indemnización ante una Comisión especial, que se integra de tres magistrados titulares de la Corte de Casación con la categoría de Presidentes de Sala o de consejeros, los que son designados anualmente con tres suplentes por la primera Sala de la misma Corte de Casación (artículos 149 y 149-1 reformados del Código de Procedimientos Penales).

50. En este sentido, la citada Corte de Casación debe aplicar los principios constitucionales que tutelan la libertad individual, con el objeto de determinar los casos de detención arbitraria — extendiéndose esa protección a la inviolabilidad del domicilio — realizada tanto por autoridades judiciales como administrativas, señalando, consecuentemente, la responsabilidad civil y penal de los funcionarios que la practicaron.<sup>43</sup>

51. No obstante lo anterior y en este campo restringido, se han presentado conflictos de atribución entre el Consejo de Estado y la Corte de Casación sobre la responsabilidad oficial en el caso de reclamaciones por detenciones arbitrarias y violaciones del domicilio efectuadas por funcionarios administrativos, y el Tribunal de Conflictos, que es el órgano encargado de dirimir este tipo de controversias, según se ha dicho, se ha inclinado, contra el parecer de la doctrina, por conferir al Consejo de Estado las reclamaciones dirigidas a exigir una indemnización al Gobierno, y a la Corte de Casación, la decisión de la controversia cuando la reclamación se endereza contra los funcionarios, debiendo citarse al respecto los casos muy comentados de *Dame de*

<sup>42</sup> En realidad, es limitada la competencia de los tribunales franceses sobre esta materia y consecuentemente, la de su órgano supremo, es decir, la Corte de Casación, para conocer y decidir sobre los actos y resoluciones provenientes de autoridades administrativas, que en su mayoría deben impugnarse, según se ha visto, ante los tribunales administrativos y en última instancia ante el Consejo de Estado. Cfr. Fromont, Michel, "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France", cit., *supra* nota 19, pp. 228-232; Auby, Jean-Marie y Drago, Michel, *Les recours*, cit., *supra* nota 19, pp. 273-279; Dran, Michel, *Le contrôle juridictionnel*, cit., *supra* nota 33, pp. 219-226.

<sup>43</sup> Cfr. Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas, "La Corte de Casación", en la *Revista* de la propia Comisión, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 99-123.

la *Murette* (resuelto el 27 de marzo de 1952) y *Clément* (16 de noviembre de 1964).<sup>44</sup>

52. D) El Consejo Constitucional está regulado en los artículos 56-63 de la Constitución de 1958, con antecedentes inmediatos en el Comité Constitucional establecido por los artículos 91 y siguientes de la Ley Fundamental de 13 de octubre de 1946,<sup>45</sup> aun cuando sus orígenes pueden remontarse al Senado Conservador de la Constitución del 22 primario del año VIII,<sup>46</sup> y al Senado establecido por la Carta Constitucional de 1852;<sup>47</sup> conformando el propio Consejo, un órgano político de control constitucional preventivo de las leyes expedidas por las Cámaras del Parlamento.<sup>48</sup>

53. Entre las funciones esenciales del citado organismo, se encuentra la de pronunciarse, obligatoriamente y siempre de manera previa a su promulgación, sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias del cuerpo legislativo, y respecto de cualquier otro ordenamiento, a petición del Presidente de la República, del Primer Ministro o de los Presidentes de cualesquiera de las dos Cámaras Legislativas, con el efecto de que si la decisión del Consejo es en el sentido de la inconstitucionalidad del ordenamiento respectivo, el mismo no puede ser promulgado (artículos 61 y 62 constitucionales y reglamentados por la Ley Orgánica del Consejo Constitucional de 7 de noviembre de 1958).

54. Los artículos 61 de la Constitución francesa de 1958 y 18 de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional, fueron objeto de una reforma fundamental por medio de los Decretos legislativos publicados el 4 de octubre y el 26 de diciembre de 1974, respectivamente, al establecer una instancia (*saisine*) ante el propio Consejo Constitucional para plantear la inconstitucionalidad pre-

<sup>44</sup> Cfr. Amselek, Paul, "Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives a la liberté individuelle", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, septiembre de 1965, pp. 801-855.

<sup>45</sup> Cfr. Burdeau, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., *supra* nota 39, pp. 116-123. Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas, "El Consejo Constitucional" en la *Revista* de la misma Comisión, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 124-129.

<sup>46</sup> Sobre la organización y funciones del Senado Conservador francés. cfr. Blondel, André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de lois. Étude critique comparative; États Unies-France*, París 1928, pp. 173 y ss.

<sup>47</sup> Respecto a las atribuciones del Senado como órgano de control constitucional en la Carta francesa de 1852. cfr. Morcau, Félix, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9a. ed., París, 1921, p. 100; Battaglini, Mario, "Contributi allo studio comparato", cit., *supra* nota 39, p. 672.

<sup>48</sup> No existe acuerdo en la doctrina sobre la naturaleza del Consejo Constitucional, pues en tanto que Duverger, Maurice; *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9a. ed., París, 1970, pp. 816-818, lo califica de "jurisdicción política"; Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de González Casanova, José Antonio, Barcelona, 1971, p. 637, lo considera como "órgano jurisdiccional"; y por su parte, Favoreu, Louis, "Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics", en "*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*", París, enero-febrero de 1967, pp. 115-120, lo define como una "jurisdicción constitucional"; otro sector de la doctrina lo estima como órgano de carácter político, según lo señala Engel, Salo, "El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la postguerra", cit., *supra* nota 39, pp. 73-92.

ventiva de las leyes expedidas por el Parlamento, instancia que puede promover un grupo de parlamentarios, a través de uno o varios escritos, con la firma cuando menos de sesenta diputados o de sesenta senadores. Esta reforma ha tenido una gran repercusión en el desarrollo de las funciones del referido Consejo Constitucional en la materia de protección de los derechos humanos, como se explicará más adelante.<sup>49</sup>

55. Los primeros años del funcionamiento del Consejo Constitucional, no se distinguieron por el dinamismo y la independencia de este organismo en la tutela de las disposiciones constitucionales y menos aún respecto a la protección de los derechos de la persona humana, de manera que la doctrina se mostró pesimista sobre la importancia de la labor de justicia constitucional encomendada al propio Consejo.<sup>50</sup>

56. A este respecto deben considerarse significativos los razonamientos expresados por el ilustre constitucionalista francés Maurice Duverger, en un artículo publicado en el mes de marzo de 1971,<sup>51</sup> en el cual señaló la limitación que significaba la ausencia de una impugnación que pudieran entablar los particulares para la defensa de sus derechos fundamentales, como ocurría en la República Federal de Alemania a través del llamado "recurso constitucional" (*Verfassungsbeschwerde*).

57. Por otra parte, señalaba el mismo profesor Duverger, que el sistema de designación de los integrantes del referido Consejo Constitucional francés, además de los de oficio, es decir, nueve miembros electos, tres por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado en los términos del artículo 56 de la Carta Fundamental; no garantizaba su independencia, a la inversa de lo que ocurría con las Cortes Constitucionales de Alemania e Italia, y esto, según el mismo profesor Duverger, se confirmó en los años en que había funcionado en Consejo, ya que sus resoluciones siguieron en gran parte las orientaciones del Ejecutivo.

58. Sin embargo, estas apreciaciones relativamente pesimistas del profesor Duverger, expresadas, según se ha dicho, en el mes de marzo de 1971, no resultaron correctas, sino que, por el contrario, poco tiempo después se inició un cambio esencial en la actitud del Consejo Constitucional en diversas direc-

<sup>49</sup> El artículo 18 de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional, reformado por Decreto de 26 de diciembre de 1974, establece: "Para que una ley pueda ser remitida al Consejo Constitucional, a iniciativa de miembros del Parlamento, se requiere que la instancia (*saisine*) sea presentada a través de uno o varios escritos suscritos en su totalidad, cuando menos por sesenta diputados o sesenta senadores. Si las promociones respectivas se apoyan en los artículos 54 a 61, segundo párrafo, de la Constitución, el Consejo Constitucional deberá dar aviso inmediato al Presidente de la República, al Primer Ministro y a los Presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado. Estos últimos deberán informar a los miembros de ambas Cámaras".

<sup>50</sup> *Cfr.* Eisenmann, Charles y Hamon, Leo, "La juridiction constitutionnelle en droit française, cit., *supra* nota 26, pp. 279-281; Batailler, Francine, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., *supra* nota 26, pp. 30-58; Dran, Michel, *Le contrôle juridictionnel*, cit., *supra* nota 33, pp. 60-74.

<sup>51</sup> "De vrais juges constitutionnels", en *Sélection hebdomadaire du journal Le Monde*, París, 8-14 de julio de 1971.

ciones, pero especialmente en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que se acentuó considerablemente a partir de la mencionada instancia o promoción de grupos parlamentarios, establecida en 1974 (Ver *supra* número 54).

59. La primera cuestión importante sobre tutela de los derechos humanos resuelta por el Consejo Constitucional, se refirió a la reclamación efectuada por el Presidente del Senado, en los términos del artículo 61 de la Constitución, en contra del artículo 3º de la ley aprobada por las dos Cámaras del Parlamento francés, que modificó los artículos 5º a 7º, de la ley de primero de julio de 1901, limitando, a través de esta reforma, el régimen de las asociaciones.

60. Debido a la actitud conservadora mostrada anteriormente por el Consejo Constitucional, los comentarios externados con anterioridad al fallo, se mostraron cautelosos, pero con la esperanza de que los seis juristas que entonces formaban parte del Consejo adoptaran una orientación favorable a la protección de los derechos fundamentales, específicamente, a la libertad de asociación.<sup>52</sup>

61. La resolución del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, se ha señalado como una etapa esencial en la historia política y parlamentaria de Francia, ya que en dicho fallo se consideró que el citado artículo 3º de la ley expedida por ambas Cámaras del Parlamento infringía uno de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en la Declaración de Derechos de 1789, complementados en la Constitución de 1946 e incorporados a la Carta Suprema de 1958 a través de su Preámbulo. Esta decisión demostró, según los extensos y numerosos comentarios doctrinales, que el Consejo Constitucional podía constituirse como un organismo eficaz para la defensa de los derechos humanos, con las limitaciones derivadas de su naturaleza estrictamente política.<sup>53</sup>

62. Esta labor de Consejo Constitucional en beneficio de la tutela de los derechos humanos, se incrementó considerablemente, según se ha dicho con motivo de la instancia establecida en el año de 1974, ya que a partir de entonces varios grupos parlamentarios pertenecientes algunos a la mayoría gubernamental, pero predominantemente a la oposición, han acudido en varias ocasiones al Consejo para plantear la inconstitucionalidad de diversos ordena-

<sup>52</sup> Cfr. Robert, Jacques, "Les libertés publiques et la justice", en *Sélection hebdomadaire du journal Le Monde*, París, 8-14 de julio de 1971.

<sup>53</sup> Cfr. el extenso y documentado estudio de Robert, Jacques, "Propos sur le sauvetage d'une liberté", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, septiembre-diciembre de 1971, pp. 1171-1203; también pueden consultarse los estudios de Hamon, Leo, "Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels. Propos de trois décisions récentes du Conseil constitutionnel", en *Recueil Dalloz Sirey*, París, 10 de abril de 1974, pp. 83-85; Beardsley, James, E., "The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France", en *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, verano de 1972; pp. 431-452; Laurens, André, "Le Conseil constitutionnel donne un coup d'arrêt au pouvoir et affirme son indépendance"; y Grosser, Alfred, "Liberté et rapport de forces", estos dos últimos en *Sélection hebdomadaire du journal Le Monde*, París, 15-21 de julio de 1971.



mientos expedidos por ambas Cámaras del Parlamento, que en su concepto infringían los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

63. Sería muy complicado efectuar una reseña, así sea superficial, de las numerosas resoluciones pronunciadas por el Consejo Constitucional francés a partir de la citada reforma de 1974, para la salvaguarda de los derechos fundamentales, por lo que nos limitamos a mencionar las que la doctrina ha estimado como de mayor trascendencia, y entre ellas se destaca la pronunciada el 15 de enero de 1975, con motivo de la instancia presentada el 20 de diciembre de 1974 por 77 diputados de la mayoría, en contra de la ley aprobada días antes por ambas Cámaras del Parlamento sobre la legalización del aborto terapéutico (*sur l'interruption volontaire de grossesse*), objeto de un gran debate público, y que el propio Consejo estimó conforme a los principios constitucionales.<sup>54</sup>

64. Otras dos resoluciones estimadas como de gran significación en esta materia de tutela de los derechos humanos, son las pronunciadas, respectivamente, el 12 de enero de 1977, sobre el registro de vehículos (*affaire de la fouille des véhicules*); y el 23 de noviembre del mismo año de 1977, sobre la libertad de enseñanza (*affaire de la liberté d'enseignement*).

65. En la primera de ellas, en virtud de tres promociones suscritas por 67 diputados socialistas, 63 diputados comunistas y 79 senadores de diversos partidos, es decir, más de 200 parlamentarios, el Consejo Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo único de la ley aprobada el 20 de diciembre de 1976 por la Asamblea Nacional, con numerosas reformas propuestas por el Senado, por la cual se autorizaba a los miembros de la policía judicial para registrar sin autorización judicial a los vehículos que circularan por la vía pública, en presencia de su propietario o conductor, salvo el caso de vehículos abandonados.<sup>55</sup>

66. La segunda decisión, pronunciada según se ha dicho, el 23 de noviembre de 1977, con motivo del recurso intentado el 27 de octubre del mismo año por 65 senadores de la oposición (socialistas y de la izquierda democrática), en contra de varios artículos de la ley aprobada por ambas Cámaras del Parlamento francés el 25 de octubre anterior, modificando la llamada ley de Debré sobre libertad de enseñanza, e introduciendo disposiciones respecto a los profesores de las escuelas privadas. El referido Consejo Constitucional consideró que dicha ley no se oponía a los principios Constitucionales establecidos en el preámbulo de la Carta de 1946 sobre la enseñanza pública gratuita y laica, ni tampoco a la libertad de conciencia que se desprende tan-

<sup>54</sup> Cfr. el documentado análisis de Robert, Jacques, "La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse" en *Revue internationale de droit comparé*, París, octubre-diciembre de 1975, pp. 873-889.

<sup>55</sup> Cfr. el amplio y minucioso estudio de Favoreu, Louis, "1977, année charnière: le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* París, mayo-junio de 1978, pp. 821-825.

to del artículo 10 de la Declaración de 1789 como del mismo preámbulo de la Ley Fundamental de 1946.<sup>56</sup>

67. E) Finalmente, debemos hacer referencia, para tener una visión panorámica de la protección de los derechos de la persona humana en el ordenamiento jurídico francés, de un organismo específico para dicha protección, que operó durante varios años.

68. En efecto, por decreto de 7 de mayo de 1957 se creó la Comisión de Salvaguarda de los Derechos y Libertades Individuales, cuyas facultades se señalaron en el diverso decreto número 59-702 de 9 de junio de 1959, de acuerdo con el cual, dicha Comisión tenía como misión esencial la de constatar en todo el territorio francés, los atentados que se hubiesen producido contra los derechos del hombre y del ciudadano, a las libertades individuales y a las garantías establecidas para su defensa, formulando un informe que debería presentar al Primer Ministro (artículo 2°).

69. De acuerdo con el artículo 3° del último decreto mencionado, la Comisión estaba presidida por el Presidente de la Sala Penal de la Corte de Casación, y todos sus integrantes designados por decreto del Consejo de ministros, en la inteligencia de que la secretaría administrativa de la comisión correspondería a un magistrado nombrado por el ministro de justicia.

70. Los miembros de la comisión, incluyendo al Presidente de la misma, estaban facultados, por mandamiento escrito de este último, para acudir en todo tiempo a los lugares de detención de los gobernados, inclusive cuando eran retenidos administrativamente, y también para presenciar las diligencias de interrogatorios, audiencias y careos, y el propio Presidente podía designar, por mandato escrito, un representante para comisiones especiales, con las mismas facultades de los miembros titulares (artículo 5).

71. Por otra parte, las autoridades civiles, militares y judiciales estaban obligadas a suministrar a la comisión todos los informes y aclaraciones necesarias y a remitirle, a petición del presidente de la misma, todos los documentos que se consideraran pertinentes (artículo 4).

72. No tenemos datos sobre la actuación de la comisión mencionada anteriormente, pero como ocurre frecuentemente con los organismos dependientes directa o indirectamente de la administración, aun cuando formen parte de los mismos magistrados de los tribunales judiciales, carecen de la libertad de movimiento indispensable para actuar con absoluta independencia, tomando en consideración que una gran parte de las violaciones a los derechos fundamentales provienen de la propia administración, no forzosamente con intención de realizarlas, pero sí como una consecuencia inevitable de la hipertrofia del ejecutivo de nuestros días, aun en las sociedades de mayor tradición democrática.

<sup>56</sup>Cfr. Favoreu, Louis, *op. ult. cit.*, pp. 830-834.

73. Los resultados de la gestión de la comisión mencionada no deben haber sido muy fructíferos, si tomamos en consideración que fue suprimida sin mayores explicaciones, por el Decreto número 63-79 de primero de febrero de 1963.<sup>57</sup>

### III. LA CORTE CONSTITUCIONAL AUSTRIACA.

74. El sistema austriaco de justicia constitucional debe considerarse como el inicio de una renovación en el sistema de protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, ya que a partir del establecimiento de la Corte Constitucional en la Carta Federal de 1º de octubre de 1920, comenzó a imponerse, especialmente en los países de la Europa Continental, el principio de que las cuestiones constitucionales, y entre ellas, las relativas a la tutela de los derechos fundamentales, deberían someterse a un tribunal especializado en la materia constitucional, y por ello es que se ha calificado a esta categoría del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, como sistema austriaco en contraposición al que surgió en la Carta Fundamental de los Estados Unidos de 1787, y que se ha denominado "americano".<sup>58</sup>

75. El mérito indiscutible de esta nueva orientación de la justicia constitucional, recae en el ilustre Hans Kelsen, el cual al instituir como uno de los aspectos esenciales de "teoría pura del derecho", que la norma constitucional constituye el fundamento de validez de todas las normas de un ordenamiento jurídico, estableció como un corolario de este principio, la necesidad de un organismo estatal que decidiera todas las controversias acerca de la conformidad de toda norma jurídica, tanto general como particular, con las de mayor jerarquía que le sirven de fundamento, y en última instancia, con la Constitución.<sup>59</sup>

76. El mismo Kelsen estableció con claridad que la justicia constitucional configuraba un caso especial del problema más general que consiste en garantizar que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación y contenido, de acuerdo con el principio de la "pirámide jurídica",

<sup>57</sup> Los citados decretos de creación, facultades y terminación de la Comisión de Salvaguarda de los Derechos y Libertades Individuales, fueron publicados en el *Journal Officiel* de los días 10 de mayo de 1957, p. 4691; 10 de junio de 1959, pp. 5778-5779; y 4-5 de febrero de 1963, p. 1179, respectivamente.

<sup>58</sup> Sobre las diferencias entre ambos sistemas, consúltese el clásico estudio del ilustre Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitutions", en *The Journal of Politics*, 1942, pp. 183-200.

<sup>59</sup> Cfr. Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, 1928, pp. 197-257, traducido al español por Tamayo y Salmorán, Rolando, con el título de "La garantía jurisdiccional de la Constitución" en *Anuario Jurídico*, 1-1974, pp. 471-515; Marcic, René, *Verfassungsgerichtsbarkeit und reine Rechtslehre* (Jurisdicción constitucional y teoría pura del derecho), Wien, 1966, pp. 55-84; Haak, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, 1963, pp. 216-221; Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca creada por él", trad. de Bieler, Elsa, en *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 129-130.

que determina la unidad y la jerarquía de las diversas normas de un ordenamiento, también jurídico.<sup>60</sup>

77. Es por ello que el distinguido jurista vienés ha sido considerado como el fundador de una nueva disciplina, que podemos denominar "derecho procesal constitucional", y cuya estructuración científica —ya que en su aspecto empírico tiene antecedentes muy remotos— se apoya en su pensamiento.<sup>61</sup>

78. El propio Hans Kelsen no sólo fue el inspirador de la Corte Constitucional establecida en la referida Ley Suprema de 1º de octubre de 1920, sino que además desempeñó el cargo de magistrado en dicho organismo, desde su fundación hasta el año de 1929.<sup>62</sup>

79. Ahora bien, esta Corte Constitucional concentra el conocimiento de todas las violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana, a través de dos vías esenciales, la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) y el recurso específico contra la afectación de los derechos de la persona humana (*Beschwerde*).<sup>63</sup>

80. Antes de analizar separadamente estos dos instrumentos, debemos hacer referencia que siendo la citada Corte Constitucional un instrumento de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, que se traduce en la limitación de los supremos órganos del Estado, ha sufrido los embates de los regímenes autoritarios que ha padecido Austria a partir de la vigencia de la citada Carta Fundamental de 1920, y por tal motivo su actividad fue suspendida en virtud del golpe de Estado de 4 de marzo de 1938, a través del cual, el ejecutivo se hizo cargo de todos los poderes, al disolver el Parlamento.

81. El gobierno del canciller Dollfuss logró la aprobación de una nueva Constitución de tipo corporativo el 4 de abril de 1934, la que transfirió las facultades de la Corte Constitucional y las del Tribunal Supremo Administrativo, a una Corte de Justicia Federal; pero todo vestigio de control constitucional desapareció con motivo de la ocupación de Austria por las tropas alemanas el 13 de marzo de 1938 y no fue restablecido sino hasta 1945 cuando el país recuperó su independencia.<sup>64</sup>

82. a) Por lo que se refiere a la impugnación de las leyes constitucionales —comprendiendo también los reglamentos— en los términos de los artículos 139-140 de la Constitución Federal, se atribuyó exclusivamente, en el texto

<sup>60</sup> *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de García Máynez, Eduardo, México, 1969, pp. 311-312, 316-318.

<sup>61</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, 1970, p. 215.

<sup>62</sup> Cfr. Kunz, Joseph L., *La teoría pura del derecho*, México, 1948, p. 207.

<sup>63</sup> Cfr. Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho", cit., *supra* nota 59, pp. 131-148; Melichar, Erwin, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich" (La jurisdicción constitucional en Austria), en la obra ya mencionada *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra*, nota 2, pp. 440-445; Ermacora, Félix, *Der Verfassungsgerichtshof* (La Corte Constitucional), Gras, Austria, 1956, pp. 76-84.

<sup>64</sup> Cfr. Ermacora, Félix, "La Constitution autrichienne", en el volumen *Corpus Constitutionnel*, tomo 1, fascículo 2, Leiden, 1970, pp. 437-438 y 445-446.

primitivo de 1920, al Gobierno Federal o a los de las Entidades Federativas, tratándose de leyes o reglamentos locales o nacionales, respectivamente.<sup>65</sup>

83. Pero como este sistema se consideró demasiado rígido, en la reforma sustancial que sufrió la citada Ley Suprema el 7 de diciembre de 1929, se autorizó tanto a la Corte Suprema para asuntos civiles y penales (*Oberstergerichtshof*) como a la Corte Suprema Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) para suspender un proceso concreto sometido a su conocimiento cuando estimen que existe duda sobre la constitucionalidad aplicable al caso, remitiendo el asunto a la Corte Constitucional para que decida exclusivamente sobre la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 140, primer párrafo).<sup>66</sup>

84. También debe tomarse en consideración que de acuerdo con una reforma de 4 de marzo que entró en vigor el 7 de abril de 1964, se otorgó competencia a la Corte Constitucional para decidir sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales,<sup>67</sup> lo que significa que si un tratado infringe un derecho fundamental de la persona humana, puede quedar sin efecto por decisión de la propia Corte Constitucional (artículo 140 a), aun cuando en esta materia, no así en relación con otras disposiciones de la Ley Suprema, resulta poco probable que un tratado lesione derechos humanos, tomando en cuenta que en el ámbito internacional existe un movimiento muy vigoroso hacia la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana.

85. Uno de los aspectos fundamentales del sistema austriaco radica en el efecto general —*erga omnes*— de la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte, en los términos del artículo 140, párrafo tercero, de la Carta Federal, según el cual, el fallo de la Corte Constitucional debe ser publicado por el Canciller Federal (*Bundeskanzler*) o por el Gobernador de la provincia (*Landeshauptmann*), según el caso, con la consecuencia de que el ordenamiento calificado como inconstitucional queda anulado, es decir, privado de sus efectos (*Aufhebung*) a partir de su publicación (*ex nunc*).

86. Por otra parte, el mismo precepto otorga facultades discrecionales a la citada Corte Constitucional a fin de que determine si la anulación de la ley relativa debe surtir efectos a partir de una fecha posterior a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, siempre que el plazo respectivo no sea superior a seis meses,<sup>68</sup> y tratándose de tratados internacionales, ese plazo no de-

<sup>65</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra* nota 14, pp. 55-58.

<sup>66</sup> Cfr. Ermacora, Félix, *Die Verfassungsgerichtshof*, cit., *supra* nota 63, pp. 214-263; Melichar, Erwin, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich", cit., *supra* nota 63, pp. 458-460; Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho", cit., *supra* nota 59, pp. 132-143.

<sup>67</sup> Cfr. Werner, Leopold, *Die Österreichischen Bundesverfassungsgesetze*, (Las leyes constitucionales de la federación austriaca), Wien, 1963 (pero con apéndice de 1964), pp. 2-3.

<sup>68</sup> Cfr. Ermacora, Félix, *Die Verfassungsgerichtshof*, cit., *supra* nota 63, pp. 259-263; Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho", cit., *supra* nota 59, pp. 143-146; *Id.*, *Control de las leyes por vía judicial en México y en Austria así como ciertas instituciones procedimentales en la jurisdicción constitucional de ambos países* (tesis mimeografiada), México, 1969, pp. 136-168.

be exceder de dos años, si los mismos fueron aprobados por el Consejo Nacional (*Nationalrat*), o de un año respecto de cualquier otro convenio (artículo 140 a, de la Constitución Federal).

87. A través de este control de la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos, la Corte Constitucional puede tutelar los derechos fundamentales de los gobernados, ya que está facultada, según hemos dicho, para declarar con efectos generales la nulidad de los ordenamientos o disposiciones legislativos, entre ellos los que menoscaben los derechos de la persona humana reconocidos en la Ley Suprema.

88. Sobre este último aspecto debemos hacer la aclaración que la citada Constitución Federal de 1920-1929, todavía en vigor, no contiene una declaración general de derechos en sentido estricto, pero además de algunos que consagra directamente, su artículo 149 ha incorporado, considerándolas como leyes de categoría constitucional, a las promulgadas en 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos de los ciudadanos; la de 27 de octubre de 1862 sobre protección de la libertad individual, y del domicilio, y la resolución de la Asamblea nacional provisional de 30 de octubre de 1918, sobre la supresión de la censura tratándose de publicaciones y el restablecimiento de las libertades de asociación y de reunión.<sup>69</sup>

89. b) En relación con la tutela específica de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Suprema y leyes constitucionales antes mencionadas, consideramos de mayor importancia el que podamos calificar de recurso (*Beschwerde*, literalmente, queja) de carácter constitucional, ya que éste puede interponerse por los afectados, que son los que con mayor constancia luchan por la defensa de sus derechos constitucionales.

90. Aun cuando la *Beschwerde*, que calificamos como recurso constitucional, surgió desde el siglo anterior en la Ley fundamental sobre el Tribunal Superior del Imperio (*Reichsgericht*) de 21 de diciembre de 1867, se perfecciona en el artículo 144 de la Carta Federal de 1920-1929, restablecida en 1945, y actualmente está reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley sobre la Corte Constitucional *Verfassungsgerichtshofgesetz*, de 1953.<sup>70</sup>

91. De acuerdo con los preceptos mencionados, el citado recurso específico

<sup>69</sup>Dichas leyes sobre derechos políticos e individuales de la persona humana pueden consultarse en la compilación de Werner, Leopold, *Die Österreichischen Bundesverfassungsgesetze*, cit., *supra* nota 67, pp. 139-148; y sobre la extensión y contenido de los derechos fundamentales en el derecho austriaco, véase el minucioso estudio del distinguido constitucionalista Ermacora, Félix "Die Grundrechte in Österreich" (Los derechos fundamentales en Austria), en la obra *Die Grundrechte*, cit., *supra* nota 25, tomo I, pp. 129-173.

<sup>70</sup>Cfr. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Fix-Zamudio, Héctor, México, 1961, pp. 31-33; Ermacora, Félix, *Die Verfassungsgerichtshof*, cit., *supra* nota 63, pp. 306-310; Winkler, Günther, "Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Österreich" (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Austria), en la obra *Gerichtsschutz gegen die Executive*, cit., *supra* nota 7, tomo II, pp. 836-838; Schuler, Andrea Hans, *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, (El recurso constitucional en Suiza, la República Federal de Alemania y en Austria), Zürich, 1968, pp. 59-60.

puede interponerse por cualquier persona afectada, inclusive extranjera, contra los actos y resoluciones de las autoridades administrativas, tanto federales como provinciales, debiendo agotarse previamente, por regla general, los recursos ordinarios correspondientes.

92. La Corte Constitucional está facultada para decretar medidas precautorias, tomando en cuenta el interés público y los posibles perjuicios que se causen al interesado, y si considera que el acto o la resolución administrativa son inconstitucionales, puede declarar su nulidad, condenando, si procede, a la autoridad responsable para que restituya al afectado en el goce de sus derechos fundamentales, confiándose el cumplimiento coactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, al Presidente de la República (*Bundespräsident*), quien puede acudir a todos los medios de apremio posibles, incluyendo en casos extremos el empleo del ejército.<sup>71</sup>

93. También debe señalarse, que están separados el control de la constitucionalidad y el de la legalidad, en cuanto a la tutela de los derechos de los administrados, ya que si el acto o resolución de la autoridad administrativa lesiona un derecho subjetivo consignado en un ordenamiento ordinario, la impugnación debe interponerse ante la Corte Suprema Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), en los términos de los artículos 129-133 de la Constitución Federal, reglamentados por la Ley orgánica de la citada Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshofgesetz*), de 1966.<sup>72</sup>

94. La doctrina considera que la Corte Constitucional ha desarrollado una labor considerable en cuanto a la precisión de los principios democráticos establecidos en la Carta Fundamental austriaca, especialmente en el campo de la tutela de los derechos fundamentales, en el cual ha establecido criterios jurisprudenciales muy importantes en especial por lo que se refiere a los principios de igualdad, que inclusive ha impuesto al legislador, y también en

<sup>71</sup>El procedimiento que debe seguirse para plantear el recurso constitucional ante la Corte especializada austriaca, está regulado por los artículos 82 a 83 de la Ley sobre la citada Corte Constitucional, de 1953; *cfr.* Ermacora, Félix, *op. ult. cit.*, pp. 298-349; autor que también hace referencia a las numerosas resoluciones dictadas por la propia Corte Constitucional desde 1947 hasta 1953, tanto en el fondo como en materia procesal, respecto de los recursos constitucionales interpuestos por la violación de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Suprema y en las leyes constitucionales. Las sentencias que sobre esta materia ha pronunciado el citado organismo de justicia constitucional, desde sus inicios hasta 1964, pueden consultarse en el repertorio intitulado *Die Judikatur des Verfassungsgerichtshof* (La jurisprudencia de la Corte Constitucional), compilado por Hirsch, Johann y Kaltenberger, Alfred, dos volúmenes, Wien, 1966; también puede consultarse el análisis de algunos fallos importantes efectuado por Haak, Volker, *Normenkontrolle*, cit., *supra* nota 59, pp. 86-98; el agudo examen sobre esta materia de Cappelletti, Mauro, *El Control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra* nota 14, pp. 33-47; y por lo que respecta a los fallos más recientes, debe consultarse el estudio de Zehetner, Franz, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, 1969-1977", (La jurisdicción constitucional en Austria en los años de 1969-1977), en *Archiv des öffentlichen Rechts* (Archivo de derecho público), Tübingen, 1977, pp. 95-117.

<sup>72</sup>*Cfr.* Winkler, Günther, "Der gerichtliche Rechtsschutz", cit., *supra* nota 70, pp. 860 y ss.; Parker, Reginald, "Administrative Procedure in Austria", en *The American Journal of Comparative Law*, primavera de 1955, Ann Arbor, Michigan, pp. 322-336.

relación con la libertad de opinión, respecto de la cual rechaza toda censura previa, etcétera.<sup>73</sup>

95. Esta noble actividad de la Corte Constitucional austriaca ha determinado que el ilustre Hans Kelsen se encuentre orgulloso de su creación, habiendo expresado que la jurisdicción constitucional constituye su hijo más querido (*sein liebstes Kind*).<sup>74</sup>

96. Finalmente, resulta conveniente hacer referencia a la reciente ley federal que entró en vigor el primero de julio de 1976, y que amplió la competencia tanto de la Corte Constitucional como del Tribunal Administrativo federal (*Bundesverfassungsgesetz über die Erweiterung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes und der Verfassungsgerichtshofes*), ya que dicho ordenamiento introduce sustanciales reformas que deben influir en la Ley Orgánica de la Corte Constitucional de 1953, que todavía no han sido incorporadas expresamente, pero que se traducen en el perfeccionamiento del recurso constitucional (*Beschwerde*), al delimitar las competencias del Tribunal Administrativo y de la Corte Constitucional, que no eran muy precisas, en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales de los gobernados.

97. También se extendió la legitimación activa para solicitar el control abstracto de las disposiciones legislativas (*Normenkontrolle*), ya que a partir de dicha reforma, pueden acudir ante la Corte Constitucional cuestionando la constitucionalidad de una ley federal o local, además de los titulares de los gobiernos respectivos, también un tercio de los miembros de los parlamentos tanto de la federación como de las entidades federativas, según el caso, lo que debe considerarse como una modificación paralela a la que se estableció el 26 de diciembre de 1974 en la Ley Orgánica del Consejo Constitucional, y que tan buenos resultados ha tenido en el ordenamiento francés, según lo expresado con anterioridad ( ver *supra* párrafo 54).<sup>75</sup>

#### IV. EL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

98. De los sistemas de justicia constitucional inspirados en el sistema austriaco descrito brevemente en el inciso anterior, el que ha llegado a un grado más elevado de evolución es el establecido por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania promulgada el 23 de mayo de 1949, cuyos artículos 93 y 94 introdujeron un Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) — que por otra parte coexiste con varios tribunales constitucionales provinciales — reglamentado por su ley orgánica (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), de 12 de marzo de 1951, modificada en varias ocasiones,

<sup>73</sup>Cfr. Ermacora, Félix, "Die Grundrechte", cit., *supra* nota 69, pp. 163-173; *Id.* "La Constitution autrichienne", cit., *supra* nota 64, p. 448.

<sup>74</sup>Cfr. Marcic, René, *Verfassungsgerichtsbarkeit und reine Rechtslehre*, cit., *supra* nota 59, p. 49.

<sup>75</sup>Cfr. Zehetner, Franz, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich", cit., *supra* nota 71, pp. 90-117.



pudiendo citarse como importantes las reformas de 1956, 1963, 1970, 1971, 1974, y 1976.<sup>76</sup>

99. En cuanto a la protección judicial de los derechos fundamentales, podemos descubrir tres instrumentos que pueden hacerse valer ante el citado Tribunal Constitucional:

100. A) En primer término y como ocurre en el modelo austriaco, el Tribunal Constitucional Federal ejerce un control sobre las leyes inconstitucionales (*Normenkontrolle*).

101. Desde este punto de vista existen dos medios para plantear la inconstitucionalidad de las leyes ante el citado tribunal, la primera de carácter incidental o prejudicial, calificada por la doctrina como control concreto (*Konkrete Normenkontrolle*), y el segundo por vía de acción directa conocida también como control abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*).<sup>77</sup>

102. a) En el primer supuesto, cuando un juez o tribunal estiman que es inconstitucional la ley aplicable al proceso concreto del cual están conociendo, debe suspender el procedimiento y elevar los autos al citado Tribunal Constitucional Federal — salvo cuando se trate de la contradicción de una ley local con la Constitución provincial, pues entonces debe acudir al tribunal local competente para conocer de materia constitucional — a fin de que dicho Tribunal, previa la opinión de los tribunales superiores federales, o el supremo de la provincia respectiva — si se trata en este supuesto de una ley local contraria a una ley federal o a la Constitución Nacional — y con audiencia de las autoridades legislativas y las partes del proceso en el cual surgió la cuestión, decida únicamente sobre el problema jurídico de constitucionalidad planteado (artículos 11, 80-82, de la Ley orgánica respectiva).<sup>78</sup>

<sup>76</sup>Cfr. la excelente visión panorámica del distinguido tratadista alemán Habscheid, Walther, "Le Tribunal Constitutionnel Fédéral de la République Fédérale d'Allemagne, Gardien de la Constitution et garant des droits fondamentaux", en *Gesette du Palais*, París, 18 de noviembre de 1971, pp. 2-5.

<sup>77</sup>Cfr. Lechner, Hans, "Verfassungsgerichtsbarkeit" (La jurisdicción constitucional), en la obra ya mencionada *Die Grundrechte*, cit., *supra* nota 25, tomo III, vol. II, pp. 660 y ss.; Friesenhahn, Ernst, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland" (La jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania), en el volumen *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra* nota 2, pp. 133-144; Buerstedde, Wilhelm, "La Cour Constitutionnelle de la République Fédérale Allemande", en *Revue internationale de droit comparé*, París, enero-marzo de 1957, pp. 56-72; Haak, Volker, "Quelques aspects du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne", en *Revue internationale de droit comparé*, París, enero-marzo de 1961, pp. 78-88; McWhinney, Edward, "Judicial Restraint and the West Germany Constitutional Court", en *Harvard Law Review*, noviembre de 1961, pp. 5 y ss.; Lessona, Silvio, "La funzione del Tribunale Costituzionale Federale della Repubblica Tedesca", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, octubre-diciembre de 1964, pp. 799-818.

<sup>78</sup>Cfr. Friesenhahn, Ernst, *op. ult. cit.*, pp. 136 y ss. Este control de carácter prejudicial o incidental, tiene semejanzas con el sistema italiano que se examinará más adelante, como lo puso de relieve Cappelletti, Mauro, en su estudio intitulado *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, p. 409.

103. También debe considerarse importante la disposición del inciso a) del propio artículo 100 de la Ley Fundamental, en cuanto establece que en caso de duda de si una regla de derecho internacional público forma parte del derecho federal o de si establece directamente derechos y obligaciones respecto de los gobernados, en los términos del artículo 25 de la propia Ley Suprema,<sup>79</sup> el tribunal de la causa debe someter el problema a la decisión del referido Tribunal Constitucional Federal, lo que resulta importante en relación con la aplicación directa de los convenios que establecen derechos fundamentales, como la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrita por la República Federal de Alemania,<sup>80</sup> o los derechos consignados en los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos; y los económicos, sociales y culturales.

104. Por el contrario, ha resultado muy controvertida por la doctrina la resolución pronunciada por la Segunda Sala del referido Tribunal Federal Constitucional el 29 de mayo de 1974, por cinco votos contra tres, en la cual se consideró que las disposiciones legislativas y reglamentarias emitidas por las autoridades de la Comunidad Económica Europea pueden ser sometidas al control de la constitucionalidad en relación con los derechos fundamentales establecidos por la Ley Fundamental de Bonn. En contra de esta tesis mayoritaria se elaboraron votos particulares los magistrados constitucionales Rupp, Hirsch y Wand.<sup>81</sup>

105. b) La acción directa de inconstitucionalidad o control abstracto, puede plantearse ante el Tribunal Federal Constitucional por el Gobierno de la Federación o el de una provincia, o por un tercio de los miembros de la Asamblea Federal (*Bundestag*), cuando dichas autoridades estimen que una ley federal o provincial es contraria a la Constitución Nacional, o la segunda, también a un ordenamiento federal (artículos 93, fracción I, inciso 2, de la citada Constitución Federal, y 13, inciso 6, 76-79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

106. En uno y otro caso, la resolución que dicte el Tribunal Federal Constitucional adquiere eficacia general (*erga omnes*) si declara la inconstitucionalidad.

<sup>79</sup>El citado artículo 25 de la Ley Fundamental alemana, establece: "Las reglas generales de derecho internacional forman parte del derecho federal, tienen supremacía sobre las leyes y hacen nacer, directamente, derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".

<sup>80</sup>Cfr. Partsch, Karl Joseph, "Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention" (Los derechos y las libertades de la Convención Europea de los Derechos Humanos), en la obra *Die Grundrechte*, cit., *supra* nota 25, tomo I, pp. 245-253, 281-285; Robertson, H.A., *Human Rights in Europe*, Manchester, 1963, pp. 1-6.

<sup>81</sup>La referida sentencia y los votos particulares pueden consultarse en *Neue Juristische Wochenschrift* (Nuevo semanario jurídico), 1974, pp. 1697-1705; con los comentarios del tratadista Meier, Gert. También puede consultarse la autorizada opinión del profesor Rupp, Hans Heinrich, "Zur Bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Masstab der Grundrechte" (Sobre el control del derecho comunitario por el Tribunal Federal Constitucional, en relación con los derechos fundamentales), en la misma *Neue Juristische Wochenschrift*, noviembre de 1974, pp. 2153-2156.

lidad del ordenamiento combatido —en la materia que examinamos, por infringir las disposiciones que consagran derechos fundamentales—, lo que se traduce en la derogación del mismo ordenamiento en cuanto la decisión es publicada en el periódico oficial (artículos 31 y 78 de la Ley sobre el citado Tribunal Constitucional Federal).<sup>82</sup>

107. En principio, el fallo de inconstitucionalidad es declarativo y en forma diversa de lo que ocurre en Austria, produce efectos retroactivos (*ex tunc*),<sup>83</sup> pero en la práctica el Tribunal Constitucional ha encontrado la forma de equilibrar esta regla en relación con los efectos ya realizados de la ley inconstitucional, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley Orgánica,<sup>84</sup> al precisar dichos efectos retroactivos en relación con las situaciones jurídicas no consumadas y la revisión de sentencias firmes en materia criminal, así como respecto a la inejecución de los fallos civiles cuando se apoyen en el ordenamiento contrario a la Ley Suprema.<sup>85</sup>

<sup>82</sup>El citado artículo 31, dispone en su parte conducente: 1) Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal obligan a todos los órganos constitucionales de la Federación y de las Provincias, así como a todos los tribunales y autoridades. 2) En los casos de los incisos 6 (dudas o discrepancias de opinión sobre la compatibilidad formal o material del derecho de la Federación o de una provincia); 11 (conformidad de una ley federal o local con la Constitución o de una ley u otro precepto jurídico provincial con el derecho federal); 12 (dudas sobre si una disposición de derecho internacional forma parte del derecho federal y genera inmediatamente derechos y obligaciones); y 14 (discrepancia de opiniones sobre la validez actual de una disposición jurídica como derecho federal), del artículo 13 del mismo ordenamiento, el fallo del Tribunal Constitucional Federal tiene *fuera de ley*. Esta disposición rige también para los casos del mismo artículo 13, inciso 8º (en relación con los recursos constitucionales); si el Tribunal Constitucional Federal declara compatible, incompatible o nulifica una ley en relación con la Ley Fundamental o con el derecho federal; esta declaración debe ser publicada en la Gaceta Oficial de la Federación por el Ministerio Federal de Justicia. Lo mismo es aplicable respecto del texto de los fallos en los casos de los incisos 12 y 14 (ya mencionados). Por su parte, el artículo 78, establece: "Si el Tribunal Federal Constitucional llega a la convicción de que un ordenamiento federal es incompatible con la Ley Fundamental, o de que una ley provincial es incompatible con la misma Constitución u otra norma federal, en su resolución debe declarar su nulidad. Si otros preceptos de la misma ley son incompatibles por los mismos motivos, con la Ley Fundamental u otra ley federal, el Tribunal Constitucional puede declararlos nulos en la misma resolución". Para la transcripción anterior tomamos en cuenta el texto unificado de la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional, publicado por el Ministerio Federal de Justicia el 3 de febrero de 1971.

<sup>83</sup>Cfr. Friesenhahn Ernst, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit", cit., *supra* nota 77, pp. 134-135; Pierandrei, Franco, "Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura, eficacia, ejecución)", en su obra *Scritti di diritto costituzionale*, Milano, 1964, vol. III, pp. 104-114.

<sup>84</sup>En el citado artículo 79, se dispone "(1). En los términos de las disposiciones de la Ordenanza Procesal Penal, es admisible la revisión de una sentencia penal que se apoye en una norma que hubiese sido declarada nula o incompatible con la Ley Fundamental por el Tribunal Federal Constitucional, en los términos del artículo 78. (2). Salvo lo dispuesto por el artículo 95, inciso 2 (sobre el recurso constitucional contra una decisión judicial), permanecen inmutables las resoluciones firmes apoyadas en una norma declarada nula en los términos del artículo 78, pero no es lícita la ejecución de tales resoluciones. Si la ejecución forzosa ha de llevarse a cabo de acuerdo con la Ordenanza Procesal Civil, se aplicará su artículo 767 (es decir en vía de excepción contra el fallo). Se excluyen las reclamaciones por enriquecimiento ilegítimo".

<sup>85</sup>Cfr. Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra* nota 14, p. 68; Friesenhahn, Ernst, "Verfassungsgerichtsbarkeit", cit., *supra* nota 77, pp.

108. B) El instrumento específico de tutela de los derechos humanos se denomina *Verfassungsbeschwerde* (literalmente: queja constitucional) y que a falta de una traducción exacta, se ha calificado como "recurso constitucional".<sup>86</sup>

109. No obstante que la *Verfassungsbeschwerde* posee antecedentes inmediatos en instituciones similares establecidas en las Constituciones provinciales del Estado de Baviera de 1919 y 1946;<sup>87</sup> no fue consagrada expresamente en el texto primitivo de la Ley Fundamental de la República Federal promulgada en 1949, ya que primero fue introducida por el legislador federal en los artículos 90 a 96 de la Ley Sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) de 1951, que hemos mencionado anteriormente.<sup>88</sup>

110. Ha sido tan importante la aplicación del propio recurso, que fue elevado al rango constitucional con motivo de la reforma de 29 de enero de 1969, a través de la cual se adicionó el apartado I del artículo 93 de la Ley Suprema, con el inciso 4º a) de acuerdo con el cual, el Tribunal Constitucional Federal está facultado para decidir sobre: "los recursos constitucionales que pueden ser intentados por toda persona que pretenda haber sido lesionada por la autoridad pública en uno de sus derechos fundamentales o en alguno de los definidos por los artículos 20, inciso 4; 33, 38, 101, 103 y 104 de la propia Ley Fundamental".<sup>89</sup>

189-190; Jauernig, Othmar, *Der gerichtliche Rechtsschutz der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland* (La protección jurisdiccional de los derechos humanos en la República Federal de Alemania), presentado en el Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972, p. 19 del ejemplar mecanografiado.

<sup>86</sup>Esta es también la calificación que le asigna el distinguido tratadista italiano Cappelletti, Mauro, en su libro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 62 y ss.; y también en su estudio "El recurso constitucional en el sistema de las impugnaciones", en su obra *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Sentís Melendo, Santiago y Banshaf, Tomás A., Buenos Aires, 1974, pp. 515-523. Las dificultades de una traducción exacta del vocablo alemán *Verfassungsbeschwerde* han sido señaladas agudamente por el destacado procesalista español Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, en su libro *Cuestiones de terminología procesal*, México, 1972, pp. 187-188.

<sup>87</sup>*Cfr.* Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, citado nota anterior, pp. 39-62.

<sup>88</sup>El texto original de la Ley Fundamental de Bonn no consignaba el recurso constitucional, aun cuando estableció el principio general de la protección judicial de los derechos humanos en su artículo 19, inciso 4, según el cual: "Un recurso jurisdiccional queda abierto a cualquiera que se encuentre lesionado en sus derechos por el poder público. Salvo disposición en contrario, este recurso compete a los tribunales ordinarios", *cfr.* Vogel, Klaus, "Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland" (La protección judicial del particular frente al Ejecutivo en la República Federal de Alemania), en la obra citada *Gerichtsschutz gegen die Executive*, *supra* nota 7, tomo 1, pp. 132-134.

<sup>89</sup>Los citados preceptos establecen los siguientes derechos fundamentales: derecho de resistencia (artículo 20, inciso 4); la igualdad de derechos y obligaciones civiles en todas las provincias (artículo 33); derechos electorales (artículo 38); prohibición de tribunales de excepción y derecho al juez natural (artículo 101); derecho de audiencia ante los tribunales (artículo 103); formalidades para la restricción de la libertad personal (artículo 104).

111. Este recurso puede ser interpuesto, según se ha visto, por cualquier afectado (persona física o colectiva) en sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, en virtud de actos u omisiones de cualquier autoridad, ya sea administrativa, legislativa o judicial, y también tratándose de la violación de las disposiciones electorales, es decir, cuando se produce un acto de autoridad que infringe el sufragio directo, libre, igual y secreto.

112. Sin embargo, no todos los derechos subjetivos públicos consagrados constitucionalmente se encuentran tutelados por el recurso constitucional mencionado, sino exclusivamente aquellos calificados como fundamentales (*Grundrechte*), consignados en un capítulo especial de la Ley Fundamental de Bonn, es decir, los contenidos en los artículos 1º al 19, a los cuales deben agregarse los que se consideran "equiparados" a los primeros y que previamente se habían enumerado en el artículo 90, inciso I, de la Ley Orgánica de 1951, como aquellos establecidos en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104, de la misma Ley Suprema; pero con posterioridad fueron señalados en el artículo 93 constitucional por la reforma de 29 de enero de 1969, agregándose el derecho establecido por el inciso 6 del artículo 20 de la misma Carta Fundamental.<sup>90</sup>

113. De acuerdo con lo anterior, se protegen procesalmente a través del recurso constitucional los siguientes derechos "fundamentales" de la persona humana: libre desenvolvimiento de la personalidad y derecho a la vida y a la integridad corporal (artículo 2º constitucional); igualdad de los hombres ante la ley (artículo 3º); libertad de creencias, conciencia, de religión y de opiniones filosóficas (artículo 4º); libertad de expresión y de difusión del pensamiento a través de la palabra, por escrito y por imágenes (artículo 5º); protección del matrimonio y de la familia, así como el derecho y la obligación de los padres de crear y educar a sus hijos (artículo 6º); libertad de reunión de manera pacífica y sin armas (artículo 8º); libertad de asociación (artículo 9º); inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (artículo 10 ); libertad de residencia en todo el territorio de la Federación (artículo 11 ); libertad de elegir profesión, lugar de trabajo y de formación profesional (artículo 12 ); inviolabilidad del domicilio (artículo 13 ); derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 14 ); derecho de asilo por persecuciones políticas (artículo 16 ); derecho de petición (artículo 17 ); a los cuales deben agregarse los derechos "equiparados" a los anteriores (ver *supra* nota 89).

114. Por regla general se exige el agotamiento de los recursos ordinarios que procedan contra los actos y resoluciones que se consideren violatorios de los derechos fundamentales antes mencionados (artículo 94 constitucional, apartado 2, reformado en 1969), a no ser que el mismo Tribunal Constitucional Federal estime que la impugnación deba admitirse de manera inmediata, es decir sin agotar la vía ordinaria, por considerar que el asunto asume impor-

<sup>90</sup>Cfr. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 67-68; Rubio Llorente, Francisco, *El Tribunal Constitucional alemán*, Caracas, 1962, pp. 123-124 y 158.

tancia general o que amenaza al recurrente un perjuicio grave e irremediable en el supuesto de que se le remita a la citada vía ordinaria (artículo 90, inciso 2 de la Ley Orgánica del citado Tribunal).<sup>91</sup>

115. El agotamiento de los recursos ordinarios como presupuesto de admisibilidad de la impugnación mencionada, determina que gran parte de los recursos constitucionales se interpongan contra resoluciones judiciales firmes dictadas en única o última instancia por tribunales locales o federales, si tomamos en consideración que salvo excepciones, los actos administrativos pueden combatirse ante los tribunales judiciales — existe un Tribunal Administrativo Supremo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) —, y que las leyes no se impugnan directamente por los afectados — pues ya se ha visto que la legitimación para acudir al Tribunal Constitucional Federal contra las leyes en abstracto corresponde al Gobierno Federal, al de una provincia, o a un tercio de los miembros de la Cámara Federal — ya que los mismos particulares únicamente pueden combatir los actos concretos de aplicación, a no ser que se trate de leyes que les causen perjuicios con motivo de su entrada en vigor — o sea las que la doctrina y jurisprudencia mexicanas califican como ordenamientos autoaplicativos.<sup>92</sup>

116. Esta situación es la que nos ha llevado a considerar que el instrumento que estamos examinando (*Verfassungsbeschwerde*), constituye un recurso en sentido técnico, ya que en su mayor proporción se hace valer contra resoluciones judiciales, aun cuando en forma excepcional pueda presentarse la hipótesis de una *acción constitucional*, es decir, cuando la impugnación se hace directamente ante el Tribunal Constitucional Federal, ya sea en los casos en que el mismo Tribunal considere que existe interés general o que se puede causar un daño grave o irreparable al promovente, en los supuestos de leyes autoaplicativas o bien de actos contra los cuales las disposiciones respectivas no concedan recursos o impugnaciones ordinarias.

117. Un aspecto importante es la facultad del Tribunal para dictar providencias precautorias con el objeto de evitar graves perjuicios al promovente con la ejecución del acto o la resolución impugnados, o por cualquier otro motivo trascendente apoyado en razones de interés público (artículo 32, inciso 1, de la Ley Orgánica), impidiendo de esta manera la consumación de la violación de los derechos fundamentales, en forma similar a la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado en el derecho mexicano.<sup>93</sup>

<sup>91</sup>Cfr. Cappelletti, Mauro, *op. ult. cit.*, pp. 76-77; Friesehahn Ernst, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit", cit., *supra* nota 77, p. 164; Vogel, Klaus, "Der gerichtliche Rechtsschutz", cit., *supra* nota 88, p. 14. Este principio es calificado como *Subsidiarität* por la doctrina alemana y también se aplica al recurso constitucional en Suiza, *cfr.* Schuler, Andrea Hans, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., *supra* nota 70, pp. 199-201.

<sup>92</sup>Sobre el concepto de leyes autoaplicativas en el derecho mexicano, *cfr.* Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 11a. ed., México, 1977, pp. 218-229; Azuela, Mariano, "Aportación al estudio del amparo contra leyes", en *Revista jurídica veracruzana*, Jalapa, marzo de 1957, pp. 7-43.

<sup>93</sup>Cfr. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 84-85.

118. La ley orgánica del Tribunal Constitucional que hemos venido examinando, regula de manera minuciosa la eficacia de los fallos del propio Tribunal en general y en relación con la tutela de los derechos humanos en particular, ya que, en primer término, de acuerdo con los artículos 31, inciso I y 35, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal obligan a todos los órganos constitucionales de la Federación y de las Provincias, así como a todas las autoridades y tribunales, y además, el propio Tribunal puede determinar en su decisión el órgano o funcionario que debe ejecutarla, y en su caso, la forma y modo del cumplimiento en cada situación concreta.

119. Por lo que se refiere específicamente a las resoluciones del citado Tribunal que consideren fundado el recurso constitucional, éstas deben señalar el precepto de la Ley Fundamental que ha sido violado y la acción u omisión de la autoridad que ha causado la infracción, pudiendo declarar que toda repetición de la medida atacada infringe la propia Ley Fundamental.

120. Si el acto impugnado es una resolución judicial — que es la hipótesis más frecuente, según se ha dicho — el Tribunal Constitucional Federal anula dicha resolución, y, en su caso, remite el asunto al organismo judicial competente; pero si la impugnación se dirige contra una ley — autoaplicativa — o el acto o resolución reclamados se apoyan en ordenamiento inconstitucional, el referido Tribunal Constitucional, además de anular el acto de aplicación, cuando existe, declara la inconstitucionalidad del ordenamiento respectivo, en forma general — *erga omnes* — de acuerdo con los principios de la función de *Normenkontrolle* a que hicimos referencia con anterioridad.<sup>94</sup>

121. Por todo lo anterior, no resulta extraño que el recurso constitucional hubiese adquirido gran popularidad, a tal grado que como lo señala el tratadista y magistrado del citado Tribunal, Hans Rupp, de las 18,689 impugnaciones en todas las materias de competencia del propio Tribunal que se hicieron valer desde el 7 de septiembre de 1951 — en que dicho Tribunal inició sus actividades — hasta el 31 de diciembre de 1967, 17,232 lo fueron a través de recursos constitucionales.<sup>95</sup>

122. El mismo autor advierte que de todos estos recursos constitucionales sólo el 1% aproximadamente, es decir 174 — de los cuales 45 se tradujeron en la declaración general de inconstitucionalidad total o parcial de ordenamientos

<sup>94</sup>Cfr. Friesenhahn, Ernst, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit", cit., *supra* nota 77, pp. 189-90; Cappelletti, Mauro, *op. ult. cit.*, pp. 94 y ss.

<sup>95</sup>"Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem" (El recurso constitucional en el sistema de los medios de impugnación) en *Zeitschrift für Zivilprozess* (Revista de derecho procesal civil) Köln, enero de 1969, p. 1; Cascajo Castro, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de estudios políticos*, Madrid, 1975, pp. 170-178. Por su parte, Friesenhahn, Ernst, *op. ult. cit.*, p. 167, señala que el recurso constitucional constituye el medio de impugnación que se ha utilizado con mayor frecuencia, y que en el período de diez años que examina (1951-1961), se habían interpuesto un promedio de 80 a 90 recursos mensuales ante el Tribunal Constitucional, es decir, aproximadamente 8,100 en total en ese lapso. Respecto a las primeras experiencias de la interposición del recurso constitucional, puede consultarse el agudo estudio del distinguido jurista alemán, entonces magistrado constitucional, Zweigert, Konrad, "Die Vergassungsbeschwerde", en *Juristenzeitung*, Tübingen, 5 de junio de 1952, pp. 321-328.

legislativos— fueron resueltos favorablemente a los promoventes, no obstante lo cual, no ha disminuido la interposición de los propios recursos constitucionales.<sup>96</sup>

123. Esta situación no se ha modificado con posterioridad al estudio del profesor Rupp, ya que en los años siguientes no sólo no ha disminuido el número de recursos constitucionales intentados, sino que por el contrario ha aumentado, si bien no en forma espectacular, pero de cualquier forma constituyen aproximadamente el 95% de las cuestiones de justicia constitucional planteadas ante el Tribunal Constitucional Federal.

124. En efecto, en el documentado estudio elaborado por el distinguido profesor alemán Ingo von Münch y presentado en el Simposio sobre Garantías Constitucionales organizado por el Centro de Estudios Constitucionales en la ciudad de Madrid, en el mes de noviembre de 1978, proporciona los siguientes datos: en el período comprendido entre 1951, en que inicia sus actividades el Tribunal Federal Constitucional, hasta octubre de 1978, se presentaron 38,319 recursos constitucionales, en la inteligencia de que del conjunto X, de procedimientos que se tramitan ante el Tribunal Constitucional Federal más del 95% son estrictamente recursos constitucionales (*Verfassungsbeschwerde*). En 1977, por ejemplo, frente a 2,459 recursos constitucionales, sólo se plantearon 41 acciones directas de inconstitucionalidad (*Normenkontrollverfahren*) y otros 40 problemas constitucionales diversos.

125. El porcentaje de tales recursos constitucionales resueltos favorablemente no ha pasado del 1%, si se toma en consideración que de los 31,300 *Verfassungsbeschwerde* presentados hasta fines de 1975, según se ha visto, sólo fueron resueltos favorablemente 370, y este porcentaje no ha variado sensiblemente a partir de entonces.<sup>97</sup>

126. Debe hacerse notar que con independencia del escaso número de resoluciones favorables a los promoventes del recurso constitucional, éste ha demostrado su eficacia en varias direcciones, ya que en opinión de la doctrina, en primer lugar, fortalece de manera directa el respeto de los derechos humanos por parte de todas las autoridades, al conocer que sus extralimitaciones pueden ser impugnadas a través del citado recurso, observándose un mayor cuidado de los funcionarios en sus relaciones con los particulares.

127. Por otra parte, desde el punto de vista objetivo, las resoluciones dictadas en esta clase de impugnaciones, aun cuando no sean propicias a los recurrentes, han servido para fijar y establecer los criterios de interpretación de disposiciones fundamentales relativas a los derechos del hombre, como lo demuestra el estudio de los diversos volúmenes del Repertorio oficial que con-

<sup>96</sup>Cfr. Rupp, Hans, *op. ult. cit.*, pp. 1-2; sobre la introducción de un sistema de admisión similar al *certiorari* estadounidense, puede consultarse a Cascajo Castro, José Luis, *op. ult. cit.*, pp. 178-179.

<sup>97</sup>“El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania” trad. de Haller, Carlos E. en *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 7, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 280-282.



tiene el catálogo de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal (*Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*).<sup>98</sup> 128. Ha sido tal el aumento del número de los recursos constitucionales interpuestos ante el Tribunal Constitucional Federal, que se hizo necesaria la reforma de las disposiciones relativas de la Ley Orgánica del citado Tribunal (artículos 91 y 93), de acuerdo con los Decretos de 21 de julio de 1956, 3 de agosto de 1963 y 21 de diciembre de 1970, para establecer un procedimiento previo de admisión de los recursos respectivos, a cargo de Comisiones integradas por tres magistrados del propio Tribunal — el cual se integra con dos Salas de ocho magistrados cada una —, con la facultad de desestimar *in limine* aquellos recursos que se consideren notoriamente infundados, no planteen problemas constitucionales o cuyo rechazo no produzca perjuicios irreparables a los promoventes.<sup>99</sup>

129. Este procedimiento previo se ha considerado de gran importancia, pero como ha sido debatido por la doctrina, el principio respectivo se elevó al rango de disposición constitucional, al adicionarse por la reforma de 29 de enero de 1969, el inciso 2 del artículo 94 de la Ley Fundamental, en el sentido de que la ley orgánica respectiva puede exigir como condición previa, el agotamiento de las vías legales ordinarias, y establecer un procedimiento especial de admisión; requisitos que ya se habían establecido previamente por la citada Ley del Tribunal Constitucional; evitándose así cualquier objeción de inconstitucionalidad.

130. Sin embargo, este procedimiento previo ha ocasionado algunos problemas señalados por la doctrina, la que inclusive sostuvo la conveniencia de establecer un procedimiento similar al *writ of certiorari* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, con el fin de que el Tribunal Constitucional pudiese decidir discrecionalmente sobre los recursos planteados que considerara conveniente conocer,<sup>100</sup> ya que en ocasiones las Comisiones de admisión han sido demasiado rigurosas al rechazar instancias de inconstitucionalidad que consideraban manifiestamente infundadas, y por ello la reforma de 1970 a la ley orgánica tuvo por objeto atemperar el rigor del procedimiento preliminar de admisión, pero sin abrir la puerta a posibles recursos notoriamente improcedentes o que carezcan de contenido constitucional.

131. Por otra parte debe hacerse notar que no existe un medio de unificar el criterio de las diversas Comisiones de admisión, que pueden adoptar resoluciones contradictorias sobre los mismos aspectos, según lo ha señalado el tra-

<sup>98</sup>Cfr. Rupp, Hans, "Die Verfassungsbeschwerde", cit., *supra* nota 95, pp. 3 y ss; por su parte el tratadista italiano, Lessona, Silvio, "La funzione del Tribunale Costituzionale Federale de la Republica Tedesca", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, octubre-diciembre de 1964, pp. 816 y ss., señala que hasta el año de 1964 ya eran quince los volúmenes que contienen los fallos del Tribunal Constitucional Federal; véase también el cuidadoso estudio de Sciascia, Gaetano, "Rassegna di giurisprudenza della Corte Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca (1963-1968)", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1968, pp. 324-371.

<sup>99</sup>Cfr. Rupp, Hans, *op. ult. cit.*, pp. 5-8; Von Münch, Ingo, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., *supra* nota 97, pp. 13-14.

<sup>100</sup>Cfr. Jauernig, Othmar, *Der gerichtliche Rechtsschutz*, cit., *supra* nota 85, p. 17.

tadista Hans Rupp, que es al mismo tiempo magistrado del propio Tribunal Constitucional Federal.<sup>101</sup>

132. El inciso 3º del artículo 90 de la mencionada Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional dispone que la interposición del recurso constitucional ante el citado Tribunal Federal no afecta el derecho de proponer un recurso de la misma naturaleza ante un tribunal constitucional provincial, de acuerdo con el ordenamiento de éste, lo que tiene importancia, ya que existen varios tribunales especializados en esta materia en casi todas las provincias de la República Federal, pudiendo mencionarse los establecidos en Baviera, Renania Palatinado, Hesse,<sup>102</sup> Württemberg-Hohenzollern, Bade, Baden-Württemberg, Brema y Hamburgo.<sup>103</sup>

133. Esto significa que los afectados por un acto de autoridad de carácter local pueden tener una doble protección si dicho acto no sólo lesiona un derecho fundamental consignado en la Constitución provincial — que puede establecer un catálogo de derechos más amplio o restringido que el de la Ley Fundamental Federal — sino que también implique la infracción de uno o varios de los derechos del hombre consagrados en la Constitución nacional, ya que en ese supuesto, el particular lesionado en su derecho de doble naturaleza — local y federal — puede acudir ante el Tribunal Constitucional provincial o al Federal, alternativamente o en forma simultánea.<sup>104</sup>

134. Como sería muy complicado describir, así sea en forma panorámica, la trascendental labor del Tribunal Constitucional Federal alemán en el campo de la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en los procesos iniciados por acciones constitucionales de carácter abstracto o concreto (*Normenkontrolle*) o a través de los recursos constitucionales (*Verfassungsbeschwerde*), estos últimos mucho más numerosos, nos limitaremos a señalar, en vía de ejemplo las resoluciones que consideramos de mayor significación, así como los instrumentos a través de los cuales se ha otorgado flexibilidad y dinamismo a la justicia constitucional en la República Federal de Alemania.

135. Podemos destacar como una de esas resoluciones de gran significación no sólo jurídica sino también de carácter político-social, la pronunciada por

<sup>101</sup>“Die Verfassungsbeschwerde”, cit. *supra* nota 95, p. 10.

<sup>102</sup>El recurso constitucional ante estos tres tribunales es analizado por Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 46-62; 105-110. También existe recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional del Sarre, el cual es examinado por los tratadistas franceses, Auby, Jean Marie y Fromont, Michel, *Les recours* cit., *supra* nota 19, p. 111.

<sup>103</sup>*Cfr.* Lechner, Hans, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit”, cit., *supra* nota 77, pp. 685-686 y 698; Friesenhahn, Ernst, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit”, cit., *supra* nota 77, pp. 103-105. En realidad todas las provincias alemanas, con excepción de Schleswig-Holstein y Berlín, tienen Tribunales Constitucionales, según lo afirman Auby, Jean Marie y Fromont, Michel *op. ult. cit.*, pp. 22-24.

<sup>104</sup>*Cfr.* Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, p. 80; Friesenhahn, Ernst, *op. ult. cit.*, pp. 113-118.

el referido Tribunal Federal Constitucional con fecha 15 de diciembre de 1970, en el proceso promovido tanto por una instancia de control abstracto formulada por el gobierno de la provincia de Hesse como por el recurso constitucional interpuesto por un grupo de abogados y magistrados; sentencia en la cual se declaró la constitucionalidad tanto de la ley constitucional de 24 de junio de 1968, como respecto de la ley federal del 13 de agosto siguiente, relativas a la posible intervención de los organismos de seguridad en el *secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas*, con los votos particulares de los magistrados Geller, von Schlabendorff y Hans Rupp.<sup>105</sup>

136. Otros fallos importantes fueron pronunciados por el Tribunal Federal Constitucional con fechas 18 de julio de 1972 y 29 de mayo de 1973, ambos en el campo, extraordinariamente controvertido, de la regulación de la educación universitaria, y en las cuales se discutió el alcance de los derechos fundamentales de la libre elección del centro docente (artículo 12, fracción I, de la Ley Fundamental Federal) y de la libertad científica (artículo 5, inciso 3º, de la misma Constitución).

137. En efecto, en el primero de dichos fallos se resolvió la controversia relativa al *numerus clausus* para el ingreso en las Universidades y en la segunda respecto a la *cogestión* en el gobierno de las propias instituciones universitarias, de acuerdo con los recursos constitucionales promovidos por las asociaciones de estudiantes y de profesores, en contra de las disposiciones de varias leyes provinciales —tomando en cuenta que la materia educativa ha correspondido tradicionalmente a las Entidades Federativas y no a la Federación— que habían dado lugar a apasionados debates. Estas sentencias establecieron los lineamientos esenciales que fueron recogidos en la Ley-Marco Universitaria de 26 de enero de 1976, que a su vez se apoyó en la reforma constitucional de 12 de mayo de 1969, que dio mayor beligerancia a la Federación en la regulación de los problemas universitarios.<sup>106</sup>

138. También podemos destacar las decisiones del Tribunal Federal Constitucional de 25 de febrero y 22 de mayo de 1975, la primera de las cuales declaró la inconstitucionalidad del artículo 218 a) del Código Penal, reformado por ley de 18 de junio de 1974, que autorizó el *aborto terapéutico*; mientras que el último de los fallos citados, por el contrario declaró la conformidad con las normas constitucionales, de las disposiciones legislativas y administrativas que exigen la obligación de la *lealtad política de los funciona-*

<sup>105</sup>Cfr. Fromont, Michel, "Republique Fédérale Allemande. Le Tribunal constitutionnel fédéral en 1970", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, noviembre-diciembre de 1971, pp. 1419-1427.

<sup>106</sup>Cfr. Carro, José Luis, *Polémica y reforma universitaria en Alemania. Libertad científica, cogestión, "numerus clausus"*, Madrid, 1976, pp. 89-144. Con posterioridad a dichos fallos se han pronunciado otros por el mismo Tribunal Federal Constitucional sobre restricciones de ingreso a las universidades, los que pueden consultarse en el estudio de Fromont, Michel, "Republique Fédérale d'Allemagne. Les principaux événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1975", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, marzo-abril de 1976, pp. 356-365.

rios públicos, con el voto particular de los magistrados Seuffert, Rupp y Wand.<sup>107</sup>

139. Más recientemente podemos mencionar otras sentencias significativas en el campo de los derechos fundamentales, dos de ellas pronunciadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán el 2 de marzo de 1977, sobre los límites constitucionales entre la *información gubernamental y la propaganda política*, y respecto a la *libertad constitucional de expresión de los miembros del ejército*, la segunda con votos particulares de los magistrados Rottman, Geiger y Hirsch; y la resolución del mismo Tribunal de 21 de junio del mismo año de 1977, en la que se abordó el difícil problema de la *constitucionalidad de la prisión perpetua*.<sup>108</sup>

140. Además de las resoluciones que en vía de ejemplo hemos mencionado en los párrafos anteriores, para la debida comprensión del importante papel que desempeña el Tribunal Federal Constitucional alemán en la protección jurídica de los derechos fundamentales, debemos hacer referencia, también de manera sucinta, a dos instituciones que han permitido otorgar a la delicada función de justicia constitucional del propio Tribunal, carácter flexible y equilibrado, que le han sido útiles para evitar enfrentamientos con los otros órganos del poder de la República Federal de Alemania, especialmente con el Parlamento y el Gobierno.

141. La primera de dichas instituciones radica en la *publicación de votos de disidencia* — que en el derecho mexicano reciben el calificativo de “votos particulares” — de los magistrados de la minoría, tomando en consideración que el texto original del artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional, había consagrado el principio predominante en los tribunales europeos, del secreto en la discusión de la sentencia y de sus fundamentos,<sup>109</sup> pero en virtud de una discusión doctrinal muy intensa, se efectuó una reforma a la propia Ley Orgánica, por ley promulgada el 2 de febrero de 1971, adicionando el precepto mencionado con una disposición que autorizó expresamente la publicación de los votos minoritarios, los que tienden a otorgar equilibrio a los fallos del propio tribunal, según se ha señalado en algunas de las resoluciones mencionadas en los párrafos anteriores y que como ha ocurri-

<sup>107</sup>Cfr. Fromont, Michel, *op. ult. cit.*, pp. 351-356. Este último fallo se complementó con la sentencia de 5 de octubre de 1977 del mismo Tribunal Federal Constitucional, sobre la constitucionalidad del acuerdo tomado por el Ministro federal de Justicia, de no aceptar en la práctica profesional, en calidad de candidatos a la judicatura, a los aspirantes que se hubiesen distinguido por su extremismo político, y que puede consultarse en el cuidadoso estudio del mismo tratadista francés, “Republique Fédérale d’Allemagne. Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1977”, en la citada *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, noviembre-diciembre de 1978, pp. 1559-1560.

<sup>108</sup>Cfr. Fromont, Michel, “Les événements législatifs et jurisprudentiels survenus en 1977”, cit. nota anterior, pp. 1557-1565.

<sup>109</sup>En relación con el problema de los votos de disidencia o particulares en los tribunales supremos, puede consultarse la obra colectiva editada por el ilustre tratadista italiano Mortati, Constantino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964.

do en los países angloamericanos en los cuales los votos de disidencia son frecuentes, éstos han servido de base para la evolución de la jurisprudencia.<sup>110</sup>

142. El instrumento de mayor trascendencia en la justicia constitucional alemana de los últimos años, es el que ha utilizado con frecuencia el propio Tribunal Federal Constitucional, y que le ha permitido evitar las declaraciones expresas de inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, ya sea a través de la impugnación directa o a través del recurso constitucional, las que implican la nulidad de las propias disposiciones con todas sus graves consecuencias;<sup>111</sup> prefiriendo, en cambio, la interpretación,<sup>112</sup> que permite armonizar el ordenamiento cuestionado con los principios y disposiciones de la Ley Fundamental, y que ha recibido el nombre difícilmente traducible de *verfassungskonforme Auslegung* (interpretación de la conformidad constitucional),<sup>113</sup> y que por las evidentes ventajas que implica, se ha empleado en mayor proporción que el remedio extremo de la anulación.

143. Este procedimiento de la *verfassungskonforme Auslegung* o interpretación de las disposiciones legislativas impugnadas, para adecuarlas a las normas o principios de la Ley Fundamental, puede describirse como la declaración, por parte del órgano de justicia constitucional, de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones posibles de los preceptos cuestionados, lo que equivale a una especie de anulación parcial; o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considera compatible con la Ley Fundamental, y en ambos supuestos tanto los tribunales como las autoridades administrativas se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento respectivo de acuerdo con el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual también orienta al organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad.<sup>114</sup>

144. Este instrumento de interpretación por parte del órgano de justicia

<sup>110</sup>La nueva disposición, que figura como fracción II del artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional, establece: "Cuando un juez ha sostenido en el curso de la discusión de la sentencia una opinión divergente sobre el tema de la decisión o de sus fundamentos, puede exponerla a continuación del fallo. Las Salas pueden igualmente indicar en sus fallos la distribución de los votos. El Pleno del Tribunal expedirá un reglamento para regular el procedimiento en el cual se establezcan las modalidades de aplicación de esta institución".

<sup>111</sup>Cfr. Fromont, Michel "Le Tribunal constitutionnel fédéral en 1970", cit., *supra* nota 105, pp. 1414-1416.

<sup>112</sup>Sobre la importancia de la interpretación constitucional, *cfr.* entre otros, Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo *La interpretación constitucional*, México, 1975, pp. 9-58; Pierandrei, Franco, "L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en su obra *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, vol. II, pp. 645 y ss; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), Heildelberg-Karlsruhe, 1976, quien dedica el parágrafo segundo del primer capítulo, a la *Verfassungsinterpretation*, pp. 20-34.

<sup>113</sup>Cfr. Haak, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung*, cit., *supra* nota 59, pp. 90-135; Hesse, Konrad, *op. ult. cit.*, pp. 31-33.

<sup>114</sup>Fromont, Michel, "Republique Fédérale d'Allemagne. Les principaux événements. . . survenus en 1975", cit., *supra* nota 105, pp. 363-365.

constitucional, puede traducirse también, como se ha mencionado en la última parte del párrafo anterior, en la posibilidad de llamar la atención del parlamento federal o de los órganos legislativos provinciales, en su caso, para que subsanen las omisiones en que hubiesen incurrido o tomen las medidas legislativas necesarias para evitar una futura declaración de inconstitucionalidad por el propio Tribunal Federal Constitucional. La primera hipótesis la podemos ilustrar con la resolución del propio Tribunal de 29 de enero de 1969, en cuanto estimó que el legislador no había cumplido con el mandato del Constituyente para impedir la *discriminación en contra de los hijos ilegítimos*;<sup>115</sup> y el segundo supuesto lo descubrimos en varios fallos del propio Tribunal en los cuales declaró que las disposiciones legislativas cuestionadas debían estimarse conforme a la Ley Fundamental en ese momento, pero que en el futuro podían ser consideradas inconstitucionales si en un plazo razonable el organismo legislativo competente no modificaba o reformaba dichos preceptos impugnados.<sup>116</sup>

145. Estas advertencias o declaraciones orientadoras del Tribunal Federal Constitucional, que además no asumen carácter rígido, sino que otorgan alternativas al legislador, han tenido resultados positivos, ya que los parlamentos correspondientes han expedido de manera oportuna las disposiciones legislativas sugeridas por el Tribunal Federal Constitucional, y por ello es que el procedimiento de interpretación constitucional de carácter armónico, ha sido considerado por la doctrina como una institución flexible y efectiva.<sup>117</sup>

146. Un aspecto novedoso del sistema alemán occidental de justicia constitucional en cuanto a la tutela procesal de los derechos fundamentales, consiste en el procedimiento de pérdida o suspensión de algunos de estos derechos, en el supuesto de que se abuse de su ejercicio, en los términos del artículo 18 de la Constitución Federal,<sup>118</sup> correspondiendo al propio Tribunal Constitucional Federal la declaración respectiva, a través de un procedimiento contradictorio regulado por los artículos 39 a 42 de la Ley Orgánica del citado Tribunal.<sup>119</sup>

<sup>115</sup>Cfr. Frisch Phillip, Walter y Torres Eyra, Sergio "Inconstitucionalidad de las omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México", en *El Foro*, México, abril-junio de 1970, pp. 45-68.

<sup>116</sup>Cfr. Rupp von Brünneck, Wiltraut, "Germany: The Federal Constitutional Court", en la serie de estudios agrupados bajo la denominación "Admonitory Functions of Constitutional Courts", en *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, verano de 1972, pp. 387-403.

<sup>117</sup>Cfr. Haak, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Auslegung*, cit., *supra* nota 59, pp. 304-307.

<sup>118</sup>El artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn dispone: "Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, inciso 1°); la libertad de enseñanza (artículo 5, inciso 3); la de reunión (artículo 8); la de asociación (artículo 9); el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10); así como el derecho de propiedad (artículo 14) y el del asilo (artículo 14), *todo aquel que abuse de los mismos con el objeto de combatir el régimen fundamental de libertad y democracia. La pérdida y el alcance de la misma serán resueltos por el Tribunal Federal Constitucional*".

<sup>119</sup>Cfr. Friesenhahn, Ernst, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit", cit., *supra* nota 77, pp. 179-181.

147. La petición para la pérdida o suspensión de los derechos fundamentales se atribuye a la Asamblea Federal (*Bundestag*) o al Gobierno Federal o al de una Provincia (artículo 36 de la Ley Orgánica), correspondiendo al Tribunal Constitucional Federal, después de oír al demandado, determinar los derechos fundamentales que deben afectarse, con las limitaciones en cuanto a tiempo y forma, siempre que no se menoscaben otros derechos, pudiendo también declarar la pérdida del derecho electoral activo y pasivo y de la capacidad para ocupar cargos públicos, y si se trata de personas jurídicas colectivas, el referido Tribunal puede decretar su disolución (artículo 39 de la ley).

148. Se ha establecido, además, un mecanismo para revocar el fallo que declare la pérdida o suspensión de los derechos humanos por tiempo ilimitado o por un plazo mayor de un año, ya que una vez transcurridos dos años de haberse dictado la sentencia, el anterior solicitante o el sentenciado, pueden acudir ante el propio Tribunal Constitucional Federal, para que revoque total o parcialmente la pérdida o reduzca su duración, y esa petición puede repetirse después de un año a partir de la última decisión del Tribunal (artículo 40 de la Ley).

149. El procedimiento de pérdida o suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales pudiera parecer contrario, a primera vista, a la protección de los mismos derechos, pero en el fondo puede traducirse en una tutela indirecta, claro que no de los correspondientes al condenado, pero sí respecto de otros gobernados, ya que el abuso del ejercicio de los derechos humanos generalmente se traduce en una invasión de la esfera de la libertad de los demás o de algunos gobernados, y además resulta saludable establecer un equilibrio entre autoridad y libertad, tomando en cuenta, por otra parte, que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional regula un conjunto de mecanismos para evitar el menoscabo permanente en el goce de los derechos cuyo abuso se ha declarado.

#### V. LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

150. La Constitución republicana de Italia, que entró en vigor el 1º de enero de 1948, estableció en sus artículos 134 a 137, una Corte Constitucional,<sup>120</sup> la cual, por razones de carácter político, no pudo funcionar inmediatamente, sino que se integró hasta el año de 1956, habiendo dictado su primera sentencia el 14 de julio de ese mismo año.<sup>121</sup>

<sup>120</sup>Preceptos reglamentados por las leyes constitucionales de 9 de febrero de 1948, núm. 1, y 11 de marzo de 1953, núm. 1; por las leyes ordinarias de 11 de marzo de 1953, núm. 87; de 18 de marzo de 1958, núm. 265, y de 25 de enero de 1962, núm. 20; por las disposiciones integrativas formuladas por la misma Corte Constitucional el 16 de marzo de 1956, y finalmente, por el reglamento general, también expedido por la propia Corte, el 22 de abril de 1958.

<sup>121</sup>Sentencia publicada en la *Rivista di diritto processuale*, Padova, julio-septiembre de 1956, segunda parte, pp. 149 y ss., acompañada por un profundo comentario del ilustre procesalista florentino Calamandrei, Piero, "La prima sentenza della Corte Costituzionale", este último estudio traducido por Sentís Melendo, Santiago con el título "La primera sentencia de la Corte Constitucional", en el volumen del propio Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1962, pp. 185-198.

151. Esta Corte Constitucional se inspira también en el modelo austriaco en cuanto a la declaración general de inconstitucionalidad, pero se aparta de éste en la forma de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en un proceso concreto.

152. En efecto, en esta materia el ordenamiento italiano configura dos vías para elevar a la Corte Constitucional la contradicción entre una ley ordinaria y la Carta Fundamental: una que podemos considerar incidental o prejudicial, y la otra por la vía de acción directa.

153. a) En el primer caso se trata de la impugnación de las disposiciones de un ordenamiento cuando el problema se plantea de oficio por el juez de la causa, a petición de una de las partes o del Ministerio Público, en un proceso concreto, en los términos de los artículos 1º de la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, número 1, y 23 de la Ley de 11 de marzo de 1953, número 87.

154. En tal virtud, si el juzgador considera que el proceso ordinario sometido a su conocimiento no puede ser resuelto con independencia de la decisión que se dé a la cuestión de constitucionalidad, y además, siempre que la propia cuestión no carezca manifiestamente de fundamento, dicta una resolución (ordenanza), remitiendo los autos a la citada Corte Constitucional,<sup>122</sup> de manera que, el juez ordinario es el único que está facultado para abrir o cerrar el camino a la cuestión de constitucionalidad que ha surgido en el proceso concreto respectivo, ya que a él le corresponde exclusivamente decidir sobre la relevancia o procedencia de la propia cuestión.

155. b) El otro medio de plantear la inconstitucionalidad de los ordenamientos legales ante la Corte Constitucional es calificado como *acción directa de inconstitucionalidad* por la doctrina,<sup>123</sup> y se trata de las impugnaciones que pueden intentar el gobierno nacional respecto de una ley regional; o los gobiernos regionales cuando demandan la inconstitucionalidad de una ley nacional o bien la de otra región (artículos 31, 32 y 33 de la Ley número 87 de 1953).<sup>124</sup>

156. Tanto en el supuesto de la impugnación por la vía incidental o prejudicial, como cuando se intenta por el gobierno de la República o de las regiones la acción directa de inconstitucionalidad, si la Corte Constitucional estima que existe contradicción entre el ordenamiento combatido y la Carta Funda-

<sup>122</sup>En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad por estimar que no tiene relación con la causa o por considerarla manifiestamente infundada, esta resolución no impide, en los términos del artículo 24, de la citada Ley núm. 87 de 1953, que el problema de constitucionalidad se vuelva a plantear en cualquier grado del proceso; pero sólo cuando el tribunal de instancia considere pertinente esta cuestión, podrá elevarse a la Corte Constitucional.

<sup>123</sup>Cfr. Calamandrei, Piero, "Corte Constitucional y autoridad judicial", trad. de Sentís Melendo Santiago, en la obra ya mencionada en la nota 121, *Estudios sobre el proceso civil*, p. 128.

<sup>124</sup>Cfr. Rubio Llorente, Francisco, "La Corte Constitucional italiana", en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 31, Caracas, 1965, pp. 229-232; Sandulli, Aldo M., "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien" (La jurisdicción constitucional en Italia), en la obra colectiva *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra* nota 2, pp. 301-305; versión italiana con el título "La giustizia costituzionale in Italia", sobretiro de *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1961, pp. 8-9.



mental, su resolución asume efectos generales (*erga omnes*), ya que el artículo 136 de la Ley Suprema establece categóricamente: "Cuando la Corte declare la inconstitucionalidad de una disposición legal o de un acto con fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión".<sup>125</sup>

157. Sin embargo, debe lamentarse en el sistema italiano la ausencia de un instrumento similar al recurso constitucional de los ordenamientos de Austria, Alemania Occidental y de Suiza, que pudiera promoverse por los afectados directamente ante la Corte Constitucional, con mayor razón si tomamos en cuenta que la citada Carta Constitucional Italiana de 1948 contiene una declaración de derechos tanto individuales como de carácter social que debe estimarse como una de las más adelantadas y progresistas de la segunda postguerra.<sup>126</sup>

158. En tales condiciones, corresponde esencialmente a la mencionada Corte Constitucional a través de su función de control de la constitucionalidad de las leyes, tanto en la vía prejudicial como a través de la acción directa — más frecuentemente la primera que la segunda — tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, al declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales, de aquellos ordenamientos nacionales o regionales que contradigan los citados derechos fundamentales.

159. Se ha hecho notar que la Corte Constitucional italiana ha desarrollado una labor extremadamente cautelosa en el campo de la justicia constitucional, no obstante las amplias facultades de la que está dotada tanto por la Carta Fundamental como por las leyes reglamentarias, y que un sector de la doctrina considera que debiera actuar en forma más decidida en la orienta-

<sup>125</sup>A su vez, la parte relativa del artículo 30 de la citada Ley núm. 87 de 1953, determina que: "Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión. . .", pero dispone más adelante, que: "si con apoyo en la ley declarada inconstitucional se ha pronunciado una sentencia de condena en materia penal, cesarán la ejecución de esa sentencia y todos sus efectos penales", lo que significa que, en principio, la declaración general de inconstitucionalidad no puede aplicarse retroactivamente, pero sí opera para el pasado tratándose de la ejecución de sentencias penales y en el juicio concreto en el cual surgió la cuestión que dio lugar a la declaración, por lo que se habla de un doble efecto de la sentencia de inconstitucionalidad, es decir, "declarativo y constitutivo" a la vez, o bien de abrogación y de desaplicación. Cfr. Pierandrei, Franco, "Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura, eficacia, ejecución)", en su obra *Scritti di diritto costituzionale*, cit. *supra* nota 112, tomo III, pp. 122-129; Guarino, Giuseppe, "Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittimi", en *Jus*, Milano, septiembre de 1951, pp. 356-386; Brunori, Ernesto, *La Corte costituzionale*, Firenze, 1952, p. 32; Stendardi, Gian Galeazzo, *La Corte costituzionale*, Milano, 1955, p. 112; Curci, Pasquale, *La Corte costituzionale*, Milano, 1956, p. 25; Garbagnati, Eduardo, "Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale", en la obra *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, pp. 208 y ss; Esposito, Carlo, "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1950, pp. 294-308.

<sup>126</sup>Cfr. Ollero, Carlos, *El derecho constitucional de la postguerra. Apuntes para su estudio*, Barcelona, 1949, pp. 52 y ss. Sobre los aspectos comparativos entre Italia y la República Federal de Alemania, debido a la ausencia en la primera de un recurso constitucional similar a la Verfassungsklage, cfr. Cappelletti, Mauro, "El recurso constitucional en el sistema de las impugnaciones", cit., *supra* nota 86, pp. 515-518.

ción política del Estado italiano;<sup>127</sup> sin embargo, no puede desconocerse su tarea para definir, así sea en forma paulatina, el alcance de varias disposiciones de la Carta Fundamental que consagran derechos de la persona humana.

160. En efecto, la Corte Constitucional italiana en los veinte años que lleva de actividad ha dejado sin efecto varias disposiciones y ordenamientos, especialmente los promulgados durante el fascismo y no derogados expresamente por la legislación posterior, que resultan incompatibles con la declaración de derechos contenida en la Carta Suprema de 1948.

161. En el terreno de la libertad personal, la propia Corte ha depurado varios preceptos del Código de Procedimientos Penales con el fin de otorgar al acusado un adecuado derecho de defensa en los términos del artículo 24 constitucional,<sup>128</sup> inclusive en la etapa de la investigación previa a la instrucción,<sup>129</sup> y si bien la jurisprudencia de la propia Corte ha sentado los principios esenciales de las garantías procesales del acusado en materia penal con mayor amplitud, no ha dejado tampoco de precisar la situación de las partes en el proceso civil, de acuerdo con el mismo derecho de defensa establecido por el referido artículo 24 constitucional.<sup>130</sup>

162. Además, la propia Corte Constitucional ha delimitado los derechos fundamentales de los gobernados por lo que se refiere al principio de igualdad consagrado por el artículo 3º de la Carta Fundamental,<sup>131</sup> especialmente por lo que se refiere a la situación jurídica del hombre y la mujer;<sup>132</sup> al de-

<sup>127</sup>Cfr. Bognetti, Giovanni, "La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico"; en *Jus*, Milano, enero-junio de 1967, pp. 118-126; Elia, Leopoldo, "La Corte a chiuso un occhio (o forse tutti e due)", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1970, pp. 946-953. Respecto a la extensión de los derechos fundamentales, puede consultarse el minucioso estudio de Calamandrei, Piero y Barile, Paolo, "Die Grundfreiheiten in Italien" (Las libertades fundamentales en Italia), en la obra ya citada, *Die Grundrechte*, supra nota 25, vol. I, tomo II, pp. 742-796.

<sup>128</sup>El citado artículo 24 constitucional dispone: "Todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento. - Quedan asegurados a los no pudientes, mediante instituciones creadas al efecto, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción. - La ley determinará las condiciones y las modalidades para la reparación de los errores judiciales."

<sup>129</sup>Ver sentencias de 5 de julio de 1968, núm. 86 y de 3 de diciembre de 1969, núm. 148, con observaciones a esta última por Amodio, Ennio, "Attuazione giudiziale e attuazione legislativa delle garanzie difensive nelle indagini preliminari all'istruzione", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1968, pp. 1430 y ss., y 1969, pp. 2249-2276.

<sup>130</sup>Cfr. Vigoritti, Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile (Due Process of Law e art. 24 Cost.)*, Milano, 1970, esp. pp. 52-170; *Id.* "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (note di giurisprudenza comparata)" en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1965, pp. 516-533; Cappelletti, Mauro, "Derecho de acción y de defensa y función concretadora de la jurisprudencia constitucional (artículo 24 de la Constitución y Due Process of Law Clause)", en su libro ya mencionado *Proceso, ideologías, sociedad*, supra nota 86, pp. 477-486.

<sup>131</sup>En la parte relativa del citado artículo 3º constitucional, se dispone: "Todos los ciudadanos tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, idioma, religión, opiniones políticas, condiciones personales o sociales. . ."

<sup>132</sup>Podemos citar como ejemplo la sentencia de 3 de diciembre de 1969, núm. 147, con anotaciones de Gianzi, Giuseppe, "L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ed i delitti di relazione

recho al juez natural determinado por el artículo 25 de la misma Constitución republicana;<sup>153</sup> y al derecho de huelga previsto por el artículo 40 de la misma Ley Fundamental.<sup>154</sup>

163. Podemos considerar que no obstante algunas vacilaciones señaladas por la doctrina, el balance de la labor de la Corte Constitucional italiana en beneficio de la tutela de los derechos humanos ha sido altamente positivo, y lo sería aún más si el ordenamiento constitucional italiano contase con un recurso o acción inconstitucional que pudiesen interponer los particulares lesionados en sus derechos fundamentales, ante la propia Corte Constitucional.<sup>155</sup>

164. Por otra parte, la tutela procesal de los derechos humanos no se realiza en Italia únicamente por la Corte Constitucional mencionada, sino también por otros dos organismos, que se crearon desde el siglo anterior por influencia francesa; nos referimos a la Corte de Casación y al Consejo de Estado, que en sus respectivas esferas protegen a los particulares frente a los actos o resoluciones que menoscaben sus derechos fundamentales, especialmente cuando provienen de autoridades administrativas.

165. Además, de acuerdo con la tradición italiana, que recoge la Constitución de 1948, existe una división entre intereses legítimos y derechos subjetivos de los administrados, y los primeros en su mayor parte, salvo casos especiales, deben hacerse valer ante los tribunales administrativos y en última instancia, ante el Consejo de Estado,<sup>156</sup> en tanto que la defensa de los derechos subjetivos

adulterina e di concubinato", y de Carlassare, Lorenza, "Una scelta politica della Corte, la depenalizzazione della relazione adulterina y del concubinato", en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1969, pp. 2230-2248 y 2659-2670, respectivamente.

<sup>153</sup>En el primer párrafo del citado artículo 25 de la Carta Fundamental italiana se establece: "Nadie puede ser desviado del juez natural preconstituido por la ley. . .", *cfr.* Liso, Roberto de, "Naturalità e precostituzione del giudice nell'art. 25 della Costituzione", en el mismo número de *Giurisprudenza Costituzionale*, citado en la nota anterior, pp. 2671-2710.

<sup>154</sup>El mencionado artículo 40 de la Constitución italiana dispone escuetamente: "El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulan". Ver al respecto la sentencia de 17 de marzo de 1969, núm. 31, con reseña de Nappi Modona, Guido, "Sciopero nei pubblici servizi, ordinamento corporativo e politica costituzionale", y de Zaccari, Roberto, "Ilegittimità dell'art. 330 c.p.: una altra sentenza difficile della Corte Costituzionale", ambas en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1970, pp. 411-447. También puede consultarse la reseña de Onida, Valerio, "Luci e ombre della giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero", en la misma *Revista*, pp. 898-934.

<sup>155</sup>*Cfr.* Rubio Llorente, Francisco, "La Corte Constitucional italiana", *cit.*, *supra* nota 124, p. 212; Crizafulli, Vezio, "La funzione della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, abril-junio de 1966, pp. 206-232; Bognetti, Giovanni, "La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato", *cit.*, *supra* nota 127, pp. 109-126.

<sup>156</sup>Según la parte relativa del artículo 103 de la Constitución italiana, "El Consejo de Estado y los otros órganos de justicia administrativa tienen jurisdicción para la tutela, frente a la administración pública, de los intereses legítimos, y en los casos particularmente indicados en la ley, también de los derechos subjetivos. . ." *Cfr.* Paleologo, Giovanni, "Il Consiglio di Stato italiano. Struttura e funzioni", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, abril-junio de 1966, pp. 303-353; Bachelet, Vittorio, "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Italie", en la obra varias veces citada *Gerichtsschutz gegen die Exekutiv*, *supra* nota 7, to-

corresponden esencialmente a las autoridades judiciales, y en último grado, a la Corte de Casación, la que por este motivo posee una mayor intervención en esta materia que la que le corresponde a la Corte de Casación francesa, según lo expresamos anteriormente.

166. A este respecto podemos señalar que en la prestigiada revista italiana *Giurisprudenza Costituzionale* que aparece desde que inició sus actividades la Corte Constitucional para dar a conocer las sentencias de dicho organismo y los comentarios doctrinales sobre las mismas, publica eventualmente una sección que se refiere a las decisiones de relieve constitucional (*decisioni di rilievo costituzionale*) en la que se hace referencia a las resoluciones de los tribunales ordinarios o administrativos en las que se deciden problemas constitucionales, en la inteligencia de que la mayoría de estas resoluciones han sido pronunciadas por el Pleno (Secciones Reunidas) de la Corte de Casación.

167. Esta intervención de la citada Corte de Casación italiana en la tutela de los derechos subjetivos de los administrados, y así sea indirectamente, los de carácter constitucional, ha provocado razonamientos con la Corte Constitucional, ya que en ocasiones han resuelto ambos organismos problemas similares, particularmente tratándose de derechos humanos, de manera diversa, ya que el tribunal especializado, con un espíritu interpretativo más liberal,<sup>137</sup> se ha enfrentado a un criterio más conservador de la Corte de Casación — que ya había demostrado cuando dicha Corte tenía a su cargo la justicia constitucional desde 1948 hasta 1956 en que entró en funciones la Corte Constitucional —<sup>138</sup> integrada por jueces profesionales que poseen una preparación tradicional,<sup>139</sup> buscándose actualmente un punto de equilibrio entre estos dos organismos.<sup>140</sup>

168. Esta situación de conflicto que eventualmente puede presentarse entre la Corte de Casación —y en menor escala respecto del Consejo de

mo I, pp. 485-488; Miele, Giovanni, "Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, enero-marzo de 1966, pp. 1-31; Auby, Jean-Marie y Fromont, Michel, *Les recours*, cit., *supra* nota 19, pp. 310-330.

<sup>137</sup>Sobre la labor de interpretación constitucional de la Corte italiana, *cfr.* Haak, Volker, *Normenkontrolle*, cit., *supra* nota 59, pp. 12-54.

<sup>138</sup>*Cfr.* Cappelletti, Mauro, "La justicia constitucional en Italia", cit. *supra* nota 10, pp. 41-43.

<sup>139</sup>Respecto a la integración de la Corte Constitucional italiana, se ha buscado un sistema que combine la trascendencia de las corrientes políticas, con la más severa imparcialidad, y por ello es que predomina el criterio técnico, en cuanto si bien los quince jueces que forman parte de dicho Tribunal son designados por terceras partes, por el Presidente de la República, por el Parlamento en sesión conjunta y por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa, esta elección no puede recaer, según el artículo 135 constitucional, sino "entre los magistrados, inclusive los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los profesores titulares de las Universidades, en materias jurídicas, y los abogados con veinte años de ejercicio". *Cfr.* Sandulli, Aldo M., "L'indipendenza della Corte costituzionale", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, enero-marzo de 1966, pp. 37-51; Rubio Llorente, Francisco "La Corte Constitucional italiana", cit., *supra* nota 124, pp. 207-211.

<sup>140</sup>*Cfr.* Merryman, John Henry, y Vigoriti, Vincenzo, "When Courts Colide: Constitution and Cassation in Italy", en *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Michigan, vol. 15, núm. 4, 1966-1967, pp. 665-686.

Estado — y la Corte Constitucional italiana, en relación con la tutela procesal indirecta de los derechos fundamentales, refuerza la lucha de un sector de la doctrina por el establecimiento de un recurso constitucional específico que pudieran utilizar los particulares ante la propia Corte Constitucional para proteger los derechos fundamentales afectados por actos o resolución de cualquier autoridad, ya que la tutela indirecta antes mencionada resulta insuficiente, como lo ha demostrado con gran profundidad el tratadista Mauro Cappelletti.<sup>141</sup>

169. La doctrina ha destacado la prudencia y el equilibrio con los cuales ha realizado su función de justicia constitucional la Corte italiana, la que ha utilizado también el método interpretativo,<sup>142</sup> para evitar hasta donde sea posible, los graves efectos derivados de una declaración general de inconstitucionalidad, de manera que en varias ocasiones dicho Alto Tribunal ha procurado armonizar las disposiciones legislativas impugnadas con los principios y disposiciones de la Carta Fundamental, señalando tanto al Parlamento como a los tribunales ordinarios, incluyendo la Corte de Casación — la que, como señalamos anteriormente ha asumido en ocasiones opiniones discrepantes — la orientación adecuada, tanto para tomar las medidas legislativas convenientes, como para adoptar los criterios interpretativos armonizadores, que impidan la declaración general de inconstitucionalidad, y por tanto, la nulidad de los preceptos cuestionados ante la Corte Constitucional.<sup>143</sup>

#### VI. EL RECURSO DE DERECHO PÚBLICO EN SUIZA.

170. La situación regulada por el ordenamiento constitucional suizo es diverso del que predomina en Italia y la República Federal de Alemania, descritos brevemente con anterioridad, ya que Suiza se afilió al sistema calificado como “americano” (ver *supra* párrafo 2), pero en cambio se ha consagrado en la Constitución Federal de 29 de mayo de 1874, un *recurso de derecho público* (*Staatsrechtliche Beschwerde*), en los términos del artículo 113, inciso 3.<sup>144</sup>

<sup>141</sup>En realidad su magnífico libro mencionado en varias ocasiones en este trabajo, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, *supra* nota 70, especialmente en las pp. 111 y ss., contiene un alegato muy convincente para el establecimiento de un instrumento procesal para la tutela directa y específica de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución italiana, en forma similar al que existe en los países que estudia con preferencia, es decir, la República Federal de Alemania, Suiza y Austria.

<sup>142</sup>Para la situación similar respecto del Tribunal Federal Constitucional alemán, véase texto, *supra*, párrafos, 142-145.

<sup>143</sup>*Cfr.* el documentado estudio de Vigoriti, Vincenzo, “Admonitory Functions of Constitutional Courts. Italy: The Constitutional Court” en *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, verano de 1972, pp. 404-414.

<sup>144</sup>*Cfr.* Schuler, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz*, cit. *supra* nota 70 pp. 45-50; Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 20-22; Imboden, Max, “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz”, cit., *supra* nota 2, pp. 520-521; Eichenberger, Kurt, “Der gerichtliche Rechtsschutz der Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz” (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Suiza), en la obra ya mencionada *Gerichtsschutz gegen die Executive*, *supra* nota 7, tomo II,

171. Aun cuando el citado precepto está redactado en términos generales, ya que de acuerdo con el mismo: "El Tribunal Federal conoce, además. . . 3) *De las reclamaciones por violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos*, así como de las reclamaciones de particulares por violación de concordatos y de tratados. . .", el diverso artículo 84 de la Ley de Organización Judicial Federal de 16 de diciembre de 1943, el que por otra parte no hace sino reiterar las disposiciones relativas de las leyes anteriores de 1847 y 1893, limita la esfera de aplicación del citado recurso de derecho público a la impugnación de los actos administrativos, legislativos y judiciales de autoridades cantonales, cuando infrinjan los derechos fundamentales reconocidos tanto por la Constitución Federal, como por las Cartas Fundamentales de los Cantones.<sup>145</sup>

172. Esta limitación a los actos y leyes locales como objeto de impugnación del recurso de derecho público ha sido objeto de críticas doctrinales y además se ha intentado superar en varias ocasiones, a través de dos iniciativas parlamentarias presentadas en 1923 y 1925, y una iniciativa popular en 1936, con la pretensión de introducir las disposiciones constitucionales expresas para comprender también a leyes y actos de autoridades federales, pero dichas iniciativas no han tenido éxito<sup>146</sup> y por ello tal vez se explica que se hubiese adoptado una solución intermedia en el Proyecto de Constitución Federal publicado en 1977, en el cual se introduce una alternativa en el artículo 109 (que por cierto lleva el título general de "Jurisdicción constitucional"), fracción 3a., ya que en su primera variante se propone que "La inconstitucionalidad de una ley federal puede, no obstante, ser invocada respecto de sus actos de aplicación", y en la segunda, sólo se contempla en la fracción 2a. (que regula los supuestos de improcedencia de las impugnaciones ante el Tribunal Federal), en cuyo inciso a) se establece que no pueden ser atacadas: "Las leyes federales, los decretos federales y los tratados y otros actos internacionales, ni directamente ni a través de sus actos de aplicación".<sup>147</sup>

173. El recurso de derecho público puede ser interpuesto por cualquier afectado en sus derechos fundamentales por la actividad de las autoridades cantonales, y cuando se trata de la impugnación de disposiciones legislativas también de carácter local, dicha afectación puede ser inclusive de carácter potencial, lo que implica una gran liberalidad en la admisión del propio recurso.<sup>148</sup>

pp. 984-985; Huber, Hans, "Die Grundrechte in der Schweiz", en la obra *Die Grundrechte*, cit., *supra* nota 25, vol. I, primera parte, pp. 210-215; Habscheid, Walther J., *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, 1975, pp. 483-484.

<sup>145</sup>Cfr. Pierandrei, Franco, "Le garanzie costituzionali nelle Confederazione Elvetica", en su obra ya citada *Scritti di diritto costituzionale*, *supra* nota 112, vol. III, pp. 510-512.

<sup>146</sup>Cfr. Schuler, Andrea Hans, *Der Verfassungsbeschwerde in der Schweiz*, cit., *supra* nota 70, p. 50.

<sup>147</sup>Cfr. Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale de la Constitution fédérale, *Projet de Constitution*, Berna, 1977, pp. 24-25.

<sup>148</sup>Cfr. Cappeletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra* nota 70, pp. 21-22.

174. La restricción de la procedencia del propio recurso constitucional suizo respecto de actos de autoridades federales no resulta tan grave como a primera vista parece, si se toma en consideración, como lo hace notar el tratadista italiano Franco Pierandrei, que a partir de 1929, el Tribunal Federal también conoce, en última instancia, de las impugnaciones contra resoluciones de carácter administrativo, incluyendo las de la Confederación, por lo que a través de los medios de impugnación contra estas últimas se obtiene una tutela indirecta de los derechos humanos consagrados constitucionalmente.<sup>149</sup>

175. Con las restricciones que se han señalado, la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo en el campo de la tutela de los derechos fundamentales ha sido apreciable, y además también ha utilizado los instrumentos de interpretación para orientar a los restantes órganos del poder, así como a los tribunales inferiores, de manera de armonizar las disposiciones legales impugnadas con el contenido de los preceptos de la Carta Federal y de las Constituciones cantonales,<sup>150</sup> ya sea a través del recurso de derecho público, o por conducto de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, si bien esta última con efectos de desaplicación de las mismas en cada caso concreto, de acuerdo con el sistema calificado como americano.<sup>151</sup>

176. Finalmente, debe hacerse notar que en su función de órgano supremo de casación, el propio Tribunal Federal suizo, a través de los llamados recursos de reforma (*Bundesrechtliche Berufung*) o de nulidad (*Bundesrechtliche Nichtigkeitbeschwerde*), puede establecer la interpretación de las normas de carácter federal — tomando en cuenta que los códigos de fondo son de competencia federal — y en esta forma indirecta también puede decidir sobre la conformidad constitucional de disposiciones legislativas de la Confederación.<sup>152</sup>

#### VII. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA CARTA REPUBLICANA ESPAÑOLA DE 1931 Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA LEY SUPREMA DE 1978

177. En la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931, debido a la influencia que alcanzaron en la primera postguerra tanto la revisión judicial angloamericana como el sistema de justicia constitucional introducido por la Constitución austriaca de 1920, mencionada con anterioridad, se estableció un sistema mixto a través de dos instrumentos esenciales, es decir, el *recurso de amparo* y el *recurso de inconstitucionalidad de las leyes*.

178. El conocimiento de primera o de última instancia de estos medios de tutela de los derechos fundamentales y en general de las disposiciones constitucionales, se atribuyó al llamado *Tribunal de Garantías Constitucionales*,

<sup>149</sup> "Le garanzie costituzionali", cit., *supra* nota 145, pp. 512-513; Eichenberger, Kurt, "Der gerichtliche Rechtsschutz", cit., *supra* nota 144, pp. 966-967; Habscheid, Walther J., *Droit judiciaire privé*, cit., *supra* nota 144, p. 483.

<sup>150</sup> Cfr. Haak, Volker, *Normenkontrolle*, cit., *supra* nota 59, pp. 55-76.

<sup>151</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra* nota 14, p. 36; Imboden, Max, "Verfassungsgerichtsbarkeit", cit., *supra* nota 2, pp. 511-515; Pierandrei, Franco, "Le garanzie costituzionali", cit., *supra* nota 145, pp. 485-497.

<sup>152</sup> Cfr. Haak, Volker, *Normenkontrolle*, cit., *supra* nota 59, pp. 76-83.

cuya organización y funcionamiento como cuerpo especializado para resolver controversias constitucionales, se inspiraron en forma indudable y predominante en las ideas del ilustre fundador de la escuela de Viena y de la teoría pura del derecho, pues su influencia se ha reconocido de manera específica.<sup>153</sup>

179. Pero por otra parte, la competencia de dicho Tribunal de Garantías Constitucionales para resolver sobre el recurso de amparo y los efectos particulares del recurso de inconstitucionalidad, en el supuesto de incompatibilidad de las disposiciones legislativas impugnadas con los textos o principios de la Carta Suprema, nos indica una influencia, así sea menor, del sistema de justicia constitucional que se ha calificado como "americano".<sup>154</sup>

180. En el artículo 121 de la mencionada Carta Fundamental republicana de 1931, se establecieron las bases del citado Tribunal de Garantías Constitucionales, como un organismo de carácter autónomo y especializado, separado de los tribunales que conformaban el poder judicial ordinario, en cuya cabeza se encontraba la Corte de Casación.

181. Según el artículo 122 constitucional, el citado tribunal de justicia constitucional se integraba con un Presidente designado por las Cortes, fuera o no diputado; el Presidente del Cuerpo Consultivo de la República; el Presidente del Tribunal de Cuentas; un representante por cada una de las Regiones españolas; dos miembros nombrados electivamente por todos los Colegios de Abogados de la República y por cuatro profesores de la Facultad de Derecho, elegidos entre todas las de España.<sup>155</sup>

182. El propio Tribunal de Garantías Constitucionales poseía numerosas atribuciones, las que pueden clasificarse en cuatro sectores diversos, de acuerdo con el clásico estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>156</sup>

183. a) Como tribunal *constitucional* para conocer de los recursos contra la inconstitucionalidad de las leyes y de amparo de garantías constitucionales.

184. Desde este aspecto también puede mencionarse la atribución establecida por el artículo 100 de la Ley Fundamental, que facultaba al citado tribunal para resolver las consultas que le dirigieran los tribunales de justicia sobre la constitucionalidad de las disposiciones aplicables en los procesos sometidos al conocimiento de los tribunales ordinarios.<sup>157</sup>

<sup>153</sup> Cfr. la cuidadosa reseña elaborada por el tratadista español Cascajo Castro, José Luis, sobre el coloquio organizado por el Instituto Español de estudios Jurídicos, en la ciudad de Roma el 30 de marzo de 1937, precisamente sobre el tema "Kelsen y la Constitución Española de 1931", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255.

<sup>154</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en el volumen *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 503-505; Pérez Serrano, Nicolás, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931): Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, 1932, pp. 324 y ss.

<sup>155</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *op. ult. cit.*, pp. 532-533.

<sup>156</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 504-513.

<sup>157</sup> Cfr. Rocas, Wenceslao y Legaz, Luis, *Notas de legislación española y traducción del libro de Fischbach, Oskar George, Derecho político y constitucional comparado*, 2a. ed., Madrid, 1934, pp. 180-181.