

Además, en la Convención Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe en los meses agosto a noviembre de 1957, se pretendió introducir un precepto específico en la Constitución nacional que consagrara expresamente el juicio de amparo, pero no obstante que inclusive se redactó un proyecto de esta disposición por la Comisión Redactora, dicho proyecto no fue aprobado, quedando el mismo amparo como una institución de carácter implícito.¹⁹⁶

Se elaboraron numerosos proyectos con el objeto de expedir una ley de amparo de carácter nacional, entre los cuales destaca el formulado por el Tercer Congreso de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, celebrada en el año de 1961,¹⁹⁷ pero el que consideramos más importante es el redactado por el Ejecutivo Nacional y remitido al Congreso Federal en el mes de julio de 1964,¹⁹⁸ en el cual se condensaron las bases de esta institución argentina, tal como se le consideraba en esa época por la jurisprudencia.¹⁹⁹

Finalmente, se expidió la Ley nacional sobre “acción de amparo”, número 16,986, de 18 de octubre de 1966, que recoge varios aspectos de la institución elaborados por la jurisprudencia y algunos otros de la citada Ley 7,166 de la provincia de Buenos Aires, la cual, a su vez, se inspiraba en el proyecto nacional

de amparo y técnica judicial, cit. *Id. Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos Aires, 1959; Segundo V. Linares Quintana, *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad del Brasil*, Buenos Aires, 1960, esp. pp. 21 y ss.; Germán J. Bidart Campos, *Derecho de Amparo*, Buenos Aires, 1961; Abel Houssay, *Amparo judicial*, cit.; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1961; Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de Amparo*, Buenos Aires, 1963; José Luis Lazzarini, *El Juicio de Amparo*, cit.

¹⁹⁶ Con el material recogido de numerosos proyectos que sobre el particular se presentaron en el seno de la citada Convención, la Comisión Redactora elaboró un proyecto de disposición constitucional que finalmente no fue aprobada, pero que resulta interesante reproducir en lo conducente: Incorporáse como artículo nuevo a continuación del artículo 18 (de la Constitución Nacional), el siguiente texto: “Toda persona podrá obtener el amparo de sus derechos individuales consagrados en la Constitución promoviendo por sí o por conducto de un tercero, ante cualquier juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, acción de amparo. Los jueces tienen obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación, restricción o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución, ya provenga de actos o de omisión de autoridad o de particulares. Esta garantía se hará efectiva con procedimientos sumarísimos...” Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. II, Buenos Aires, 1958, pp. 840, 851, 862, 891, 947, 951, 969, 1010-1020; César Enrique Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., pp. 85-86.

¹⁹⁷ Cfr. J. Germán Bidart Campos, *Derecho de Amparo*, cit., pp. 275 y ss.

¹⁹⁸ Publicado en el diario *La Nación*, Buenos Aires, 21 de junio de 1964.

¹⁹⁹ El artículo 1º del citado proyecto establecía lo siguiente: “La acción de amparo procederá contra toda conducta, autoridad, funcionario o empleado público, o actos de particulares, aun cuando se fundamente en Ley, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos, que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueran manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional.” Cfr. José Luis Lazzarini, *La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional*, en “La Ley”, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pp. 1-4.

de 1964, pero con algunos aspectos restrictivos que han sido objeto de una crítica severa por parte de la doctrina.²⁰⁰

La Constitución venezolana de enero de 1961 estatuyó el amparo en su artículo 49, en el cual se establece: “Los tribunales *ampararán* a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, de conformidad con la Ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.”

Tal como está redactado dicho precepto, relacionado con el primer párrafo de la disposición transitoria quinta de la propia Ley Fundamental,²⁰¹ parece abarcar también la tutela de la libertad corporal, pero tanto la doctrina venezolana,²⁰² como en la Exposición de Motivos del proyecto de Ley de *Habeas Corpus* redactado por el Ministerio de Justicia en el año de 1965, han estimado que el amparo previsto por el transcrito artículo 49 constitucional se contrae a la protección procesal de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal regulada provisionalmente por la citada disposición transitoria quinta, de la propia Ley Fundamental.

La Constitución de la República de Guatemala de septiembre de 1965, en su artículo 84 se aparta de todas normas constitucionales precedentes, a partir de la introducción del amparo en la reforma de 1921, puesto que separa definitivamente el amparo y el *habeas corpus*, al disponer en su parte conducente: “El *habeas corpus* y el *amparo* se entablarán mediante recursos específicos...” mientras que anteriormente el primero formaba parte del segundo, de manera que el amparo tutelaba también la libertad corporal de acuerdo con la anterior Ley de Amparo de 18 de mayo de 1928.²⁰³

²⁰⁰ Cfr. Alberto F. Robredo, *La acción de amparo y la reciente Ley 16,986*, en “La Ley”, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, p. 3; Bartolomé A. Fiorini, *Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan*, en “La Ley”, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Germán J. Bidart Campos, *La nueva Ley de Amparo*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, pp. 3-4; Salvador Dana Montaña, *La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit., pp. 1-7.

²⁰¹ La parte conducente de esta última disposición preceptúa: “El amparo de la libertad, hasta en tanto se dicte la Ley especial que lo regule conforme a lo previsto por el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes...” Cfr. José Gabriel Sarmiento Núñez, José Gabriel y Carlos José, Sarmiento Sosa, *El amparo de la libertad y los actos judiciales*, en “Estrados. Revista Nacional de Jurisprudencia”, Caracas, julio-septiembre de 1968, pp. 991-1022.

²⁰² Cfr. José A. de Miguel, *Amparo y habeas corpus en la Constitución de 1961*, en “Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal”, Núm. 130, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 46-47; en contra Morris Sierraalta, *De los recursos de amparo y habeas corpus en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961, pp. 28 y ss.

²⁰³ Para la regulación del amparo y el *habeas corpus* en los ordenamientos constitucionales anteriores al vigente, cfr. Ramiro Auyón Barneod, *El procedimiento de amparo*, Guatemala, 1955 (tesis), pp. 88 y ss.; César Humberto de León Rodas, *El habeas corpus, garantía de libertad en la legislación de Guatemala*, Guatemala, 1960 (tesis), pp. 93 y ss.

En la actualidad, los artículos 80, fracción 1, de la citada Constitución vigente de 1965,²⁰⁴ y 1º, fracción 1, de la vigente Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 20 de abril de 1966, establecen que el objeto fundamental del amparo consiste en mantener o restituir el goce de los derechos y garantías que establece la misma Ley Fundamental.²⁰⁵

El artículo 89, fracción 1, de la vigente Carta Fundamental de la República de El Salvador, de 8 de enero de 1962 y reglamentada por los artículos 12 y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales en vigor, de 14 de enero de 1960, regula el “*proceso de amparo*” de manera independiente del *habeas corpus*, limitado a la tutela de la libertad personal.

El artículo 12 de la propia Ley Reglamentaria establece el alcance del amparo salvadoreño, en cuanto su parte relativa determina que: “Toda persona puede pedir *amparo* ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución Política. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados que viole aquellos derechos u obstruya su ejercicio...”²⁰⁶

El artículo 51 de la Constitución de la República de Panamá, de marzo de 1946, regula el “*procedimiento sumario de amparo de las garantías constitucionales*”, de manera independiente del *habeas corpus*, que el diverso artículo 24 limita a la tutela de la libertad personal, circunscribiendo el alcance del propio amparo al proteger a toda persona “contra la cual se expida o se ejecute por cualquier funcionario público una orden de hacer o de no hacer que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra...”²⁰⁷

Este precepto ha sido reglamentado por la Ley número 46 sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de noviembre de 1965, que regula el *habeas corpus* de manera independiente del amparo.

El artículo 48 de la Carta Fundamental de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, en su párrafo tercero, regula el “*recurso de amparo*” con independencia del *habeas corpus* previsto en su primer párrafo y con el exclusivo objeto de proteger la libertad personal. Este tercer párrafo dispone: “Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados por esta Constitución —es decir, con excepción de la libertad corporal—, a toda persona le asiste, además, el *recurso de amparo*, del que conocerán los Tribunales que fija la Ley.”

²⁰⁴ El citado precepto constitucional, dispone en su parte relativa: “Toda persona tiene derecho a pedir amparo en los casos siguientes: 1º Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece...”

²⁰⁵ Cfr. Antonio Rafael Calderón Calderón, *Fundamentación de los derechos humanos y su protección en la legislación guatemalteca: amparo y habeas corpus*, Guatemala, 1970 (tesis), pp. 65 y ss.; Gregorio Fuentes Charnaud, *El amparo en la legislación guatemalteca*, Guatemala, 1970 (tesis), pp. 31 y ss.

²⁰⁶ Cfr. Francisco Bertrand Galindo, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, Madrid, 1967, pp. 496-498.

²⁰⁷ Cfr. Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá, 1959, pp. 170 y ss.

Dicha disposición está reglamentada por la Ley de Amparo, número 1,161, de 2 de junio de 1950 —en tanto que el *habeas corpus* está regulado por una ley especial, la número 35, de 24 de noviembre de 1932— cuyo artículo 2º, reformado por Decreto de 9 de agosto de 1952, establece en lo conducente: “...procede el *recurso de amparo* para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política —el texto primitivo se refería exclusivamente a los derechos individuales—. En consecuencia, se dará ese recurso contra disposición, acto o resolución y, en general, contra toda acción u omisión que haya violado o amenace con violar cualquiera de esos derechos”.²⁰⁸

Dentro de esta misma orientación, recientemente se ha introducido el recurso o acción de amparo en varias de las últimas Cartas Constitucionales expedidas en el año de 1967. Nos referimos a Bolivia, Ecuador y Paraguay, que anteriormente no reconocían esta institución.

En primer término debe mencionarse el artículo 19 de la nueva Constitución Política de Bolivia, promulgada el 2 de febrero de 1967, el cual dispone en lo conducente: “Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior, se establece el *recurso de amparo* contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes...”²⁰⁹

La Constitución Política del Estado Ecuatoriano, promulgada el 25 de mayo de 1967, estableció el *amparo* en su artículo 28, inciso 15, de la siguiente manera: “Sin perjuicio de otros derechos que derivan de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza... 15. El Derecho de demandar el amparo *jurisdiccional* contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las Leyes”, pero desafortunadamente este precepto no llegó a aplicarse por falta de ley reglamentaria y además los golpes de estado de 1971 y 1972 suspendieron la vigencia de la citada Carta de 1967, y restablecieron las Constituciones de 1946 y 1945, respectivamente, que no consagran el amparo.

Finalmente, la Constitución de la República de Paraguay, de 25 de agosto de 1967, regula el amparo en su artículo 77, el cual preceptúa: “Toda persona que por un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionado o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución, o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier Juez de Primera Instancia a reclamar *amparo*. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción pública, y el juez tendrá facultad para salvaguardar el

²⁰⁸ Cfr. Roberto Vinicio Alfaro Valverde, *El recurso de amparo, Costa Rica*, 1959, pp. 49 y ss. (tesis mimeografiada); Enrique Guier, *Sentencias de amparo, 1950-1952*, en “Revista del Colegio de Abogados”, Núms. 16 y 17, julio y noviembre de 1969 (los dos números dedicados totalmente a este estudio legal y jurisprudencial).

²⁰⁹ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, cit., esp. pp. 27 y ss.

derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La ley reglamentará el procedimiento.”²¹⁰

c’ Tenemos un tercer sector de ordenamientos que otorgan al amparo una amplitud mayor que las anteriores, puesto que conservan más cercana la influencia directa del derecho mexicano sobre esta materia; nos referimos a las legislaciones de Honduras y de Nicaragua, en las cuales el citado instrumento tutelar posee un triple contenido: el suyo propio de proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente; abarca también la tutela de la libertad personal, pues el *habeas corpus* forma parte del mismo, aun cuando con ciertos lineamientos peculiares, y finalmente, puede también utilizarse el amparo para impugnar disposiciones legales violatorias de la Carta Fundamental, en el concepto de que la sentencia protectora se traduce en la desaplicación de la disposición combatida en beneficio exclusivo del promovente.

El artículo 58 de la Constitución de la República de Honduras de 3 de junio de 1965, se aparta hasta cierto punto de estos lineamientos que seguían las leyes anteriores y separa parcialmente el *habeas corpus* del amparo en las dos fracciones de dicho precepto y su fracción 1 circunscribe el “*recurso de amparo* que puede ejercer toda persona agraviada, o cualquiera otra en su nombre: a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece, y b) Para que se declare en casos concretos que una Ley, o resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución.”

Esta disposición está reglamentada por la Ley de Amparo de 14 de abril de 1936, que tiene ese triple contenido de la protección de la libertad corporal (a través del *habeas corpus*), los restantes derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y la impugnación de las leyes y disposiciones generales, con efectos concretos, cuando se estimasen violatorias de los mismos derechos.

La legislación que se encuentra más próxima a la mexicana en cuanto a la reglamentación del amparo, es la de Nicaragua, según lo ha hecho notar el tratadista español Jesús González Pérez.²¹¹

La Constitución vigente, de 6 de noviembre de 1950, atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento del recurso de amparo, en los términos del artículo 229, fracción II.

La Ley de Amparo fue promulgada en la misma fecha que la Carta Fundamental, y de acuerdo con la misma, el amparo procede por violación de derechos constitucionales, inclusive por afectación de la libertad personal, y opera en relación con las leyes inconstitucionales, pero siempre con efectos particulares.

²¹⁰ Cfr. Juan Asencio Aponte, *Proyecto de ley “que establece normas procesales de la acción de amparo”, presentado a la Honorable Cámara de Senadores, Asunción, 1968*; Enrique A. Sosa, *Anteproyecto de Ley de Amparo y estudio sobre el juicio de amparo, Asunción, 1968* (tesis doctoral mecanografiada).

²¹¹ *El proceso de amparo en México y Nicaragua*, en “*Revista de Administración Pública*”, Madrid, mayo-agosto de 1954, pp. 297-321.

d' Finalmente, el juicio de amparo mexicano es el más amplio en cuanto a su contenido que el de todas las legislaciones latinoamericanas anteriormente mencionadas.

a" Por un mecanismo muy peculiar de nuestra historia jurídico-política, e indudablemente por la necesidad de centralizar los asuntos judiciales, lo que fue exclusivamente, al menos en la intención de sus creadores, un instrumento o garantía "constitucional" en sentido estricto, se transformó a través de una interpretación forzada del texto del artículo 14 de la Constitución de 5 de febrero de 1857, también en un control de la correcta aplicación de las leyes secundarias en las sentencias judiciales, inclusive las pronunciadas por los tribunales de las Entidades Federativas.²¹²

Esta interpretación extensiva fue expresamente admitida por el Constituyente de 1916-1917, de tal manera que se acogió en la redacción vigente del actual artículo 14 constitucional, en el cual se establece como "garantía individual", el control de la legalidad respecto de todas las resoluciones judiciales del país (*ver nota 39*).

Toda esta evolución culminó con la absorción por el amparo del recurso de casación, que subsistía en los Códigos procesales locales y regulado en el ámbito federal por el Código de Comercio, lo que ocurrió de manera definitiva por disposición del artículo 30 de la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919, constituyendo así un sector peculiar que nos hemos permitido denominar "amparo-casación".²¹³

b" También debe tomarse en consideración que el amparo mexicano se ha venido utilizando como un sustituto del proceso administrativo, es decir, como un control de la legalidad de los actos y resoluciones no sólo de la administración activa, sino también, en cuanto se han venido estableciendo, de las sentencias de los tribunales administrativos, particularmente del Tribunal Fiscal de la Federación, y en este sentido se habla de un "amparo administrativo".²¹⁴

c" Por otra parte, más recientemente se realizaron dos reformas constitucionales y legales, la primera el 30 de octubre de 1962 y la segunda el 3 de enero de 1963, para establecer lineamientos peculiares tratándose de la impugnación, a través del juicio de amparo, de resoluciones de las autoridades agrarias que afecten derechos colectivos de los núcleos de población agrícola sujetos al régimen de la reforma agraria —es decir organizados de acuerdo con el siste-

²¹² Transformación estudiada magistralmente por el ilustre jurista Emilio Rabasa, en su clásica monografía *El artículo 14. Estudio Constitucional*, 2a. Ed., México, 1955 (la primera apareció en 1909), esp. pp. 35 y ss.

²¹³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 y ss., *Id. Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 56 octubre-diciembre de 1964, pp. 93 y ss. Se han realizado numerosos estudios para señalar las analogías y la vinculación del amparo y el recurso de casación, pero nos limitaremos a señalar el más completo, redactado por Alejandro Ríos Espinoza, *Amparo y Casación*, México, 1960, esp. pp. 175 y ss.

²¹⁴ Entre los estudios sobre este sector del amparo merecen destacarse los de Antonio Carrillo Flores, *La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración en México*, cit., pp. 273 y ss. y Felipe Tena Ramírez, *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, cit., pp. 111 y ss.

ma de propiedad colectiva denominada “ejidal” y “comunal”— o a sus integrantes, conocidos como ejidatarios y comuneros, respectivamente, y que se separan en este aspecto, de las reglas más estrictas establecidas en la legislación de amparo para la impugnación de los actos y resoluciones administrativas, tomando en consideración que favorece notablemente la situación procesal de estos grupos agrarios y de sus integrantes. En este sentido se habla de un nuevo sector calificado como “amparo agrario ejidal y comunal”.²¹⁵

d” A los aspectos anteriores debe agregarse aquel que en la parte correspondiente de este trabajo consideramos similar al *habeas corpus*, ya que tutela a los gobernados contra los actos de la autoridad que ponen en peligro su vida o su libertad personal fuera de procedimiento judicial.

e” Por otra parte, el juicio de amparo constituye la vía para la impugnación de las leyes inconstitucionales en el derecho mexicano, en la inteligencia de que el fallo protector sólo posee efectos particulares en beneficio del solicitante, conformando así un quinto sector que se le califica como “amparo contra leyes”, según lo expresamos al hablar de la influencia en nuestro país, de la revisión judicial estadounidense (*ver nota 151*).

Del recorrido superficial que hemos hecho a través de las instituciones protectoras de los derechos fundamentales que reciben el nombre de “acción”, “recurso” o “juicio” de amparo en los ordenamientos constitucionales de los países latinoamericanos, podemos llegar a la conclusión de que el contenido es sumamente variable y por ello es que en el Seminario sobre Amparo, *Habeas Corpus* y otros Recursos similares, que se efectuó en la ciudad de México del 15 al 18 de agosto de 1961 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se expresó por los asistentes que la calificación del amparo se utiliza para denominar instituciones protectoras que no necesariamente son idénticas.²¹⁶

Sin embargo, podemos descubrir un fondo común que nos permitirá en un futuro no muy lejano la posibilidad de estructurar un amparo latinoamericano, ya que todas las legislaciones en las cuales se ha establecido y que tienden a aumentar en número, se utiliza esencialmente para proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad corporal, que en ocasiones también está comprendida por el mismo amparo, pero con la tendencia a independizar dicha protección, que se tutela específicamente a través del *habeas corpus* o “amparo de la libertad”.²¹⁷

b) *Mandamiento de seguridad brasileño*. Habiendo fracasado el intento de la doctrina y jurisprudencia brasileñas para otorgar al *habeas corpus* una amplitud suficiente para tutelar todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, según se ha visto, pues inclusive se modificó la Constitución de 1891 en el año de 1926 para restringir dicha institución a sus límites tradi-

²¹⁵ Cfr. Ignacio Burgoa, *El amparo en materia agraria*, México, 1964, pp. 111 y ss., estudio incorporado a la 7a. Ed., del libro del mismo autor, *El juicio de amparo*, cit., pp. 841-926; Luis del Toro Calero, *El juicio de amparo en materia agraria*, México, 1964 (tesis), pp. 129 y ss.

²¹⁶ *Actas respectivas*, Nueva York, 1962, Documento ST-TAO-HR-12, p. 12.

²¹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., pp. 103-106.

cionales, se hizo necesaria la creación de otro instrumento de protección procesal de tales derechos, y éste ha sido el mandato o madamiento de seguridad, introducido en el artículo 113, parágrafo 33, de la Constitución de 1934, y que a partir de entonces ha tenido un desarrollo verdaderamente extraordinario, que pudiéramos calificar de meteórico, llegando a constituir un instrumento protector tan cercano al amparo, que algunos tratadistas lo han calificado como “mandamiento de amparo”.²¹⁸

Aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se refieren en su mayor parte, salvo las obras más recientes de Arnold Wald²¹⁹ y J. M. Othon Sidou,²²⁰ a la institución tal como estaba regulada por el parágrafo 24, de la Constitución anterior de 1946, sus conclusiones resultan aplicables al régimen constitucional vigente, ya que la Ley Suprema de 24 de enero de 1967, en su artículo 150, parágrafo 21, que corresponde al 153, también parágrafo 21, de la reforma a la citada Carta Fundamental, de 27 de octubre de 1969, reproducen el texto anterior de la siguiente manera: “Para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *habeas corpus*, se concederá mandamiento de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder.”²²¹

El mandamiento de seguridad se encuentra reglamentado esencialmente por la Ley número 1,533 de 31 de diciembre de 1951, que vino a alterar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1939 relativas a la propia institución; pero también debe tomarse en cuenta lo dispuesto por las leyes números 2,770, de 4 de mayo de 1956 y 4,348, de 26 de junio de 1964.²²²

Debe tomarse en consideración que el mandamiento de seguridad opera fundamentalmente contra actos y resoluciones de autoridades administrativas, pues de acuerdo con la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, dicha institución puede utilizarse sólo de manera excepcional contra las disposiciones legislativas o respecto de las resoluciones judiciales.

En efecto, la corriente mayoritaria estima que no es admisible la institución contra la ley en abstracto, sino en forma exclusiva respecto de los actos de aplicación de la misma, particularmente por las autoridades gubernativas, ya que este criterio imperante afirma que no se puede enjuiciar a los órganos

²¹⁸ El tratadista español Manuel Fraga Iribarne traduce dicha institución brasileña como “mandamiento de amparo” en su versión española de la Constitución de 1946, en el volumen de T. B. Cavalcanti, *Las Constituciones del Brasil*, Madrid, 1958, pp. 685-686; y también se refieren a este instrumento protector brasileño con el nombre de amparo, los juristas argentinos Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de amparo*, cit., pp. 43-47; y José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, cit., pp. 53-64.

²¹⁹ *Do mandado de segurança na prática judiciaria*, 3a. Ed., cit.

²²⁰ *Do mandado de segurança*, 3a. Ed., cit.

²²¹ Utilizamos la traducción de Ríos Espinosa, *Mandamiento de seguridad*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, Núm. 53, enero-marzo de 1964, p. 112.

²²² Cfr. J. M. Othon Sidou, *Lei 1,533 de 31 de dezembro de 1951, que disciplina o mandado de segurança, com as alterações em vigor*, en “Boletim Instituto dos Advogados de Pará”, Belem, Brasil, diciembre de 1967, pp. 33-35; Id. *Do Mandado de segurança*, cit., pp. 227-32.

legislativos cuando actúan como creadores de disposiciones legales, sino exclusivamente en sus funciones de carácter administrativo en sentido estricto.²²³

Sin embargo, existe la tendencia de atemperar la rigidez del principio anterior, y en los nuevos proyectos de Ley reglamentaria formulados bajo los auspicios del Instituto dos Advogados Brasileiros²²⁴ y por el Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,²²⁵ se propone que, por excepción, se puedan impugnar las leyes en abstracto cuando se demuestre que de sus efectos futuros puede resultar daño de difícil o incierta reparación.

La función que nos interesa más particularmente del mandamiento de seguridad, es su funcionamiento eficaz como una garantía procesal de los derechos fundamentales de los gobernados frente a los actos y resoluciones de carácter administrativo, pues si bien es verdad que una interpretación literal de los artículos 141, parágrafo 24 de la Constitución de 1946; 150, parágrafo 21 del texto primitivo de la Carta Fundamental de 1967, y 153 parágrafo 21 de la reforma constitucional de 1969, nos llevaría a la conclusión de que sólo protege a los particulares contra la ilegalidad y el abuso de poder, sin referirse a los actos inconstitucionales, debe admitirse, como lo han hecho la doctrina y la jurisprudencia, que esta protección de los derechos constitucionales se encuentra implícita, pues la interpretación lógico-sistemática que se ha dado a dichos preceptos ha desembocado en la conclusión de que la institución tutela todos los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, con excepción de la libertad personal, protegida por el *habeas corpus*.²²⁶

Además, debe tomarse en cuenta una disposición muy importante de los textos constitucionales mencionados, es decir, los artículos 141, parágrafo 4º de la Carta de 1946, 150, también parágrafo 4º de la Constitución de 1957, y 153, mismo parágrafo 4º, de la reforma de 1969 a la Ley Fundamental mencionada en segundo término, en el sentido de que: "La ley no podrá excluir del conocimiento del poder judicial cualquier lesión de un derecho individual", que relacionada con los preceptos anteriores, nos permite establecer la amplitud protectora del mandamiento de seguridad y explica el éxito que ha alcanzado en la práctica.²²⁷

²²³ Así en la doctrina, José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 6a. Ed., Rio-São Paulo, 1961, pp. 117 y ss.; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 136 y ss.; Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, p. 145; la jurisprudencia dominante, en especial la del Supremo Tribunal Federal, tiene la misma orientación, cfr. Tito Galvão Filho, *Dicionário de Jurisprudência no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 156 y ss.

²²⁴ *Ante-Projeto de Lei do Mandado de Segurança*, introducción de Otto Gil, ponencia de Celestino Sá Freire Basilio, Rio de Janeiro, 1960, y el otro redactado por J. M. Othon Sidou, *Projeto de Reforma de Lei 1,533 de 1951 sobre o mandado de segurança (con justificação das alterações propostas)*, Rio de Janeiro, 1959.

²²⁵ *A reformulação do Instituto do Mandado de Segurança*, en "Revista da Ordem dos Advogados", São Paulo, vol. 28, Núm. 167, esp. p. 102.

²²⁶ Cfr. Arnold Wald, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, cit., pp. 115-117; José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 168 y ss.

²²⁷ José Frederico Marques, *O artigo 141, parágrafo 4º da Constituição Federal (de 1946)*, en "Revista de Direito Processual Civil", São Paulo, julio de 1960, pp. 13-20.

En este sentido, el mandamiento de seguridad debe considerarse como una *garantía constitucional*, según lo han afirmado expresamente los tratadistas José Castro Nunes²²⁸ y Alfredo Buzaid,²²⁹ así como algunos fallos de los tribunales brasileños,²³⁰ y es debido a esta característica, que la Constitución brasileña lo consagra en el capítulo relativo a los derechos de la persona humana, como uno de los medios —el otro es el *habeas corpus*— de carácter específico destinados a la protección jurisdiccional de los citados derechos esenciales del hombre establecidos por la propia Carta Fundamental, de manera que puede calificarse de *proceso constitucional* no sólo porque sus lineamientos están establecidos en la Ley Suprema, sino esencialmente porque su finalidad principal consiste en la tutela de derechos de naturaleza fundamental.

Coincidimos con el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou en cuanto sostiene que el mandamiento de seguridad fue moldeado desde su origen a través de una vía rápida, que es suya en forma inmanente en atención al derecho que tutela, que es el derecho a las “garantías individuales”, o sea, “el mínimo denominador de la coexistencia del hombre en una sociedad determinada”.²³¹

c) La *acción popular de constitucionalidad* puede considerarse como un instrumento nacido en el ámbito latinoamericano, ya que si bien tiene puntos de contacto con los efectos generales de los fallos de inconstitucionalidad de las leyes, pronunciados por los tribunales constitucionales europeos, sin embargo, esta institución se confiere al órgano supremo de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema) y además, y éste es el aspecto más interesante, la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona aun cuando la misma carezca de interés jurídico, al no resultar afectada por la disposición u ordenamiento combatidos.

Claro que esto no significa que en todo caso la protección que se otorgue por este procedimiento se dirija a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, pero en un porcentaje apreciable, la impugnación se endereza contra las leyes que menoscaban indebidamente los citados derechos.

Este instrumento se originó primeramente en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela y posteriormente se ha extendido a otros países latinoamericanos.

a’ Por lo que se refiere a Colombia el jurista estadounidense J. A. C. Grant afirma que desde 1850 cualquier ciudadano podía solicitar a la Corte Suprema la nulidad de una ordenanza provincial²³² y posteriormente en el texto original de la Constitución de 1886 se estableció que la misma Corte Suprema debía pronunciarse con efectos generales sobre las objeciones de

²²⁸ *Do mandado de segurança*, cit., p. 28.

²²⁹ *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 147.

²³⁰ Cfr. Tito Galvão Filho, *Diccionario de Jurisprudência no mandado de segurança*, cit., pp. 170-174.

²³¹ *Para proteger direito líquido e certo*, en “Revista de Direito Processual Civil”, São Paulo, julio-diciembre de 1960, p. 94.

²³² *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., pp. 78-79.

inconstitucionalidad de las leyes que le fueren sometidas por el Ejecutivo, y finalmente, en la reforma de dicha Carta Fundamental por el famoso acto legislativo número 3 de 1910, se introdujo en forma clara la acción popular de inconstitucionalidad, que actualmente se consigna en el artículo 214 del texto constitucional vigente.²³³

Dicho precepto fue reglamentado por la Ley 96 de 1936, que acoge esta impugnación de una manera muy amplia, habiéndose interpretado de manera liberal por la misma Corte Suprema, la que admite inclusive que los extranjeros residentes puedan intentar dicha acción de inconstitucionalidad, la cual, según la doctrina, ha tenido efectos benéficos en la práctica.²³⁴

b' Esta misma acción popular de inconstitucionalidad surgió en Venezuela de la Constitución de 1858, artículo 113, ordinal 8º, pero sólo en relación con las leyes locales, y se fue perfeccionando hasta que se consolidó, inclusive respecto de las leyes nacionales, en la Constitución de 1893, artículos 17, y 110, ordinal 8º.²³⁵

En la Constitución vigente de enero de 1961, esta acción de inconstitucionalidad está plenamente reconocida, ya que el artículo 215, en sus ordinales 3º y 4º, establece que corresponde a la Suprema Corte de Justicia declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que sean contrarios a la Constitución, y declarar la nulidad total o parcial de las leyes locales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de las Entidades Federativas o de los Municipios, que contradigan a la propia Ley Suprema.²³⁶

²³³ Dicho artículo 214 reformado por Acto Legislativo Núm. 1 del 12 de diciembre de 1968, establece: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: 1a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 2a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12 y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 (declaración del estado de sitio) y 123 (licencia al Presidente para dejar temporalmente el cargo), cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren. La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta por Magistrados especialistas en Derecho Público. . ."

²³⁴ Sobre el alcance de la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia, cfr. Alvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, cit., pp. 228-229; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, cit., pp. 449 y ss.; J. A. C. Grant, *Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", Núm. 32, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 121-130; *Id. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., pp. 75 y ss.

²³⁵ Cfr. Ernesto Wolf, *Tratado de derecho constitucional venezolano*, t. II, Caracas, 1945, pp. 167 y ss.

²³⁶ Cfr. Humberto J. La Roche, *Derecho constitucional general*, 10a. Ed., Maracaibo, Venezuela, 1969, pp. 124-128.

c' Descubrimos este instrumento procesal en el ordenamiento constitucional de Panamá, que lo introdujo en el artículo 188 de la Carta Fundamental de 2 de enero de 1941,²³⁷ y en el artículo 167 de la Carta Constitucional de 1º de marzo de 1946, reglamentado por la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de octubre de 1956.²³⁸

d' Posteriormente fue acogida esta institución por la Constitución Salvadoreña de 1950, artículo 96,²³⁹ que se reproduce en el precepto del mismo número de la Carta Fundamental vigente, promulgada el 8 de enero de 1962; y que se reglamenta por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, artículos 6º a 11.²⁴⁰

e' En la República de Cuba la acción de inconstitucionalidad fue objeto de una paulatina evolución, ya que se había venido perfilando a partir de la Ley de 17 de marzo de 1922, en la cual, después de dos sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Supremo, el órgano de quien emanó la disposición debía derogarla; y posteriormente, las Leyes Constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de julio de 1935, determinaron que una sentencia del propio Tribunal Supremo producía efectos derogativos de la disposición declarada inconstitucional.²⁴¹

Esta evolución culminó en la Constitución de 26 de julio de 1940, en la cual se estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que se integraba como una Sala especializada del Tribunal Supremo, formada por el Presidente de dicho Tribunal y cuando menos por quince magistrados (artículo 172 constitucional).

²³⁷ La parte relativa del referido artículo 188 de la Constitución de 1941, disponía: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, le corresponde decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de todas las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones denunciados ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano con audiencia del Procurador General de la Nación... Las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de las facultades que este artículo le confiere, son finales, definitivas y obligatorias y deberán ser publicadas en la Gaceta Oficial". Sobre el alcance de este precepto, cfr. J. D. Moscote, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 461-465; Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, pp. 159-161.

²³⁸ El referido artículo 167 de la Constitución vigente de 1946, es similar, con algunas modificaciones, al 188 de la Carta anterior; sobre el alcance del nuevo precepto, cfr. Víctor G. Goytia, *Las Constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 762-763; Carlos Bolívar Pedreschi, *op. ult. cit.*, pp. 161-162; *Id. El control de la constitucionalidad en Panamá*, Madrid, 1965, pp. 178 y ss.; *Id. Jurisprudencia constitucional*, Panamá, 1967, pp. 17 y ss.; Jorge Fábrega P., *El doctor Eusebio Morales y el control de la constitucionalidad*, Panamá, 1965, pp. 8-10; Sección de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, *Jurisprudencia constitucional*, t. I, Panamá, 1967, pp. 15 y ss.

²³⁹ Dicho artículo 96 preceptúa: "La Corte Suprema de Justicia será el único Tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano."

²⁴⁰ El texto de esta ley puede consultarse en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 111-126, esp. pp. 112-113.

²⁴¹ Cfr. Eloy G. Merino Brito, *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, La Habana, 1938, pp. 18 y ss.

De acuerdo con el artículo 182, *a*), de la propia Ley Fundamental, el citado Tribunal tenía facultad para conocer de los “recursos de inconstitucionalidad contra las leyes”, admitiendo prácticamente una acción popular, ya que podía ser interpuesta no sólo por los afectados sino por veinticinco ciudadanos, simplemente por su calidad de tales (artículo 194 constitucional, inciso *b*), y los efectos de la decisión que declarase la inconstitucionalidad eran de carácter general, es decir, determinaban la derogación de las disposiciones impugnadas.²⁴²

Este mismo sistema, al menos en teoría, fue incorporado en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, actualmente en vigor, con numerosas reformas.²⁴³

f' El artículo 9º de la Constitución de la Provincia argentina del Chaco atribuye al Superior Tribunal de Justicia de la propia Entidad Federativa, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, produciendo la caducidad de las mismas en la parte afectada por la propia declaración, en la inteligencia de que la doctrina, con apoyo en el diverso artículo 170, fracción I, de la misma Carta Fundamental, señala la existencia de una acción popular para impugnar los citados ordenamientos inconstitucionales.²⁴⁴

g' Por último, debemos señalar la institución introducida por la Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de 1965, la cual al lado del amparo y del *habeas corpus*, el primero por influencia mexicana, según se expresó con anterioridad, reguló como una innovación un recurso —en realidad acción— de constitucionalidad, como un sistema intermedio entre la acción popular mencionada anteriormente y la que se puede hacer valer ante los tribunales constitucionales europeos (artículo 262 de la citada Carta Fundamental).

En efecto, el órgano que debe conocer del referido recurso es la “Corte de Constitucionalidad”, que se integra con doce miembros, de los cuales cinco son el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás, por sorteo global que practica la propia Corte Suprema entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo.

Están legitimados para interponer el propio recurso, el Consejo de Estado; el Colegio de Abogados por decisión de la Asamblea General; el Ministerio Público por disposición del Presidente de la República tomada en Consejo de Ministros, y cualquiera persona o entidad afectada directamente, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.

Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la referida Corte especializada, asumen carácter general, es decir, se traducen en la pérdida de eficacia del ordenamiento combatido una vez publicado el fallo respec-

²⁴² Cfr. Juan Clemente Zamora, *La defensa de la Constitución en la legislación cubana*, en “Revista Mexicana de Derecho Público”, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 123 y ss.

²⁴³ Cfr. Emilio Menéndez, *El poder judicial y la Constitución*, en “Comparative Juridical Review”, vol. 2, Coral Gables, Florida, 1962, pp. 77 y ss.

²⁴⁴ Cfr. Armando O. Silva, *Acción de inconstitucionalidad*, Resistencia, Chaco, Argentina, 1962, pp. 66-87.

tivo, en los términos de los artículos 265 de la referida Carta Fundamental y del 108 de la Ley Constitucional Reglamentaria denominada de Amparo, *habeas corpus* y de constitucionalidad, que como se expresó anteriormente, fue expedida el 20 de abril de 1966.

6. *El régimen europeo continental: el Consejo de Estado francés, los tribunales constitucionales y el recurso constitucional.*

También en Europa ha tenido influencia el sistema angloamericano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, particularmente en Suiza,²⁴⁵ Irlanda;²⁴⁶ en cierta medida, en Noruega y Dinamarca,²⁴⁷ y temporalmente, en los ordenamientos de Rumanía,²⁴⁸ la República Alemana de Weimar,²⁴⁹ y en la República Italiana antes de que entrase en funciones la Corte Constitucional.²⁵⁰

Pero en realidad, han sido los ordenamientos de Francia y de Austria los que se han disputado la primacía en el derecho europeo continental, en cuanto al sistema de protección procesal de los derechos humanos, a través de dos instituciones esenciales: el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

a) *El Consejo de Estado francés*, el cual ha adquirido gran prestigio debido a la notable labor realizada por su jurisprudencia en favor de la tutela de los particulares frente a la Administración, y en cierta medida en cuanto a los derechos del hombre.

Aun cuando esta institución tiene su origen 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, toma su forma

²⁴⁵ Cfr. Georges Solyom, *La Jurisprudence constitutionnelle aux Etas Unis et en Suisse*, Geneve, Paris, 1923, pp. 8 y ss.; 87 y ss.; Max Imboden, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz* (Jurisdicción constitucional en Suiza), en el volumen "Vergassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 510-515.

²⁴⁶ Cfr. Edward McWhinney, *The Courts and the Constitution in Catholic Ireland*, en el libro ya mencionado "Judicial Review", pp. 156-173.

²⁴⁷ Cfr. Frede Castberg, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark* (La jurisdicción constitucional en Noruega y Dinamarca), en el volumen ya citado, "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", pp. 418 y ss.; Terje Wold, *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.

²⁴⁸ Cfr. Boris Mirkine-Guetzevitch, *Las nuevas constituciones del Mundo*, Madrid, 1931, pp. 33 y 473; M. A. Murville, *Romania. Particular Features of Government and Law*, en la obra "Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe", vol. 1, New York-La Hage-London, 1959, pp. 389-390.

²⁴⁹ Cfr. Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, pp. 21-32; Ottmar Wühler, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, 1931, pp. 106-107. Existía, además, un Tribunal de Justicia Constitucional de carácter federal (artículo 108 de la Carta Fundamental de Weimar), pero se ocupó fundamentalmente de los litigios entre la Federación y las Provincias (*Länder*), cfr. Schmitt y Whüler, obras mencionadas, pp. 63-89 y 54-56 y 109, respectivamente.

²⁵⁰ Cfr. Piero Calamandrei, *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, en el volumen "Estudios sobre el proceso civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pp. 63-64; Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional en Italia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 43-44.

moderna en virtud de las leyes de 6, 7-11 de septiembre y 7-14 de octubre de 1790, expedidas por la Asamblea Francesa Revolucionaria.²⁵¹

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,²⁵² 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 expresó, de que: "Juzgar a la administración también es administrar."²⁵³

El Consejo de Estado francés fue obteniendo gradualmente independencia de la administración, a cuya esfera pertenece formalmente, pero en realidad, el desarrollo de la institución verdaderamente importante se inicia con motivo de la Ley de 24 de mayo de 1872, que transformó el Consejo, en cuanto a sus funciones judiciales, en un tribunal de jurisdicción delegada y con cierta autonomía para dictar sus fallos, el cual, a través de una labor que puede calificarse de admirable, construyó una jurisprudencia ejemplar en la cual, como ha destacado la doctrina, se advierte un difícil equilibrio entre la audacia y la prudencia, que le ha permitido constituirse en un baluarte del particular frente a los actos de la administración.²⁵⁴

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 atribución, se sustituyeron por tribunales administrativos de primera instancia, de tal manera que 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 ilegalidad de los fallos de ciertos tribunales administrativos, tales 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.²⁵⁵

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, como es bien sabido, uno de los adalides más conspicuos de la defensa jurídica de los derechos humanos.²⁵⁶

²⁵¹ Cfr. Maxime Letourner, *El Consejo de Estado Francés*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

²⁵² *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estevénez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951, libro XI, capítulo VI, "De la Constitución de Inglaterra", pp. 202 y ss., esp. p. 210.

²⁵³ Cfr. Pierre Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, esp. pp. 115 y ss.

²⁵⁴ Cfr. Maxime Letourner, *El Consejo de Estado Francés*, cit., esp. p. 99.

²⁵⁵ Cfr. Letourner, *op. ult. cit.*, p. 100; Michel Fromont, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, en el volumen "Gerichtschutz gegen die Executive", cit., pp. 242-245.

²⁵⁶ Cfr. Conseil d'Etat, *Hommage au Président René Cassin*, en el volumen "Études et documents 1968", Paris, 1969, pp. 15-26.

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 su 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 proyectos legislativos, atribución para la cual se han establecido cuatro secciones de carácter consultivo.

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 final de la Sección, y finalmente a la reunión plenaria, la cual es de dos clases, la general de todas las Secciones, y de la referida Sección de lo Contencioso.²⁵⁷

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

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.²⁵⁸

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 a los motivos legales del mismo.²⁵⁹

²⁵⁷ Cfr. Letourner, *El Consejo de Estado Francés*, cit., pp. 102 y ss.

²⁵⁸ En relación con el derecho mexicano, debe señalarse que los motivos de exceso o 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..." Sobre el "contencioso de nulidad" en general existe una amplia bibliografía de la cual citaremos sólo los trabajos de fácil consulta: Bartolomé A. Fiorini, *El sistema contencioso-administrativo en Francia*, en "Revista de Derecho y Administración Municipal", Buenos Aires, mayo de 1944, pp. 427-453; Marc-Henry Barbet, *Crisis del crecimiento de lo contencioso administrativo en Francia*; Georges Vedel, *La Reforma del recurso contencioso administrativo en Francia*, ambos en "Revista del Instituto de Derecho Comparado", Barcelona, enero-junio de 1953, pp. 99-112 y 112-121, respectivamente, Michel Fromont, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, cit., pp. 249-268; y en relación con el derecho mexicano esencialmente, la obra de Emilio Margain Manatou, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, cit., pp. 28 y ss.

²⁵⁹ El desvío o desviación de poder como motivo de nulidad de las resoluciones administrativas, está limitada en el derecho mexicano exclusivamente a las que establecen sanciones cuando las mismas caen dentro de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 228, inciso d) del Código Fiscal de la Federación vigente, limitación que ha sido criticada por la doctrina, cfr. Alfonso Cortina Gutiérrez, *El control jurisdiccional administrativo de la legalidad y de la facultad discrecional*, en el volumen "Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXV aniversario de la Ley de Justicia Fiscal", México, 1965, pp. 81-82; Dolores

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 la de la administración.²⁶⁰

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.

Sin embargo, de manera *indirecta*, el mismo Consejo de Estado se ha convertido en el organismo más importante para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, que como es bien sabido, no están expresamente consagrados en las Cartas Fundamentales de 1875, 1946 y la más reciente de 1958, pero en las dos últimas, se expresa la adhesión a los derechos del hombre definidos por la Declaración de 1789.²⁶¹

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 constituye una fuente 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 declaración de derechos de 1789, complementada en 1946.²⁶²

De esta manera, 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 afectaban indebidamente los mismos derechos humanos.

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, en un estudio profundo y exhaustivo, como "*Juez constitucional*".²⁶³

Ha sido tal el prestigio del Consejo de Estado como tribunal administrativo, inclusive en sus primeras etapas, que ha influido directamente en el establecimiento de los organismos del mismo nombre en los ordenamientos de Bélgica,

Heduán Virués, *Las funciones del Tribunal Fiscal*, cit., pp. 91-101; Alfonso Nava Negrete, *Derecho procesal administrativo*, cit., p. 343.

²⁶⁰ En cuanto al derecho mexicano en esta materia, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano*, cit., pp. 1084-1085.

²⁶¹ Cfr. Maurice Duverger y Lucien Sfez, *Die Staatsbürgerlichen Freiheitsrechte in Frankreich und in der Union Francaise* (Los derechos de libertad de los ciudadanos en Francia y en la Unión Francesa), en la obra "Die Grundrechte", cit., vol. II, pp. 568-569.

²⁶² Cfr. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., pp. 114 y ss.; Maxime Letourner, *El Consejo de Estado francés*, cit., pp. 114-115; Charles Eisenmann y Léo Hammon, *La juridiction constitutionnelle en droit français, 1875-1961* en el volumen ya mencionado "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", pp. 284-285; Maurice Duverger y Lucien Sfez, *op. ult. cit.*, pp. 634-640.

²⁶³ Precisamente el exhaustivo y profundo estudio de Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, esp. pp. 63-155.

Holanda y Grecia, en Europa,²⁶⁴ y Colombia y Ecuador en América, según se expresó anteriormente, sin contar con la influencia indirecta que significa la creación de tribunales fiscales en varios países latinoamericanos, entre ellos el nuestro.²⁶⁵

Sin embargo, no es el citado Consejo de Estado el único organismo que tutela en forma indirecta los derechos humanos en el sistema francés, ya que esta función la comparte con la Corte de Casación y con el Consejo Constitucional.²⁶⁶

La Corte de Casación, que también tiene orígenes remotos y que en todo caso posee antecedentes en el *Conseil des Parties* de la Monarquía francesa, en la época prerrevolucionaria,²⁶⁷ fue también una creación de la Revolución Francesa, como una expresión del principio de la división de los poderes, según el Decreto de la Asamblea Nacional de 27 de noviembre-primer día de diciembre de 1790, como un organismo dependiente del 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.²⁶⁸

Es bien conocida la evolución de este organismo que se transformó paulatinamente en el tribunal supremo al independizarse del cuerpo legislativo según la Ley de 10. de abril de 1837, ya con el nombre y estructura actuales de la Corte de Casación francesa, y de allí se fue extendiendo a casi todas las legislaciones en las cuales existe la influencia del derecho continental europeo.²⁶⁹

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 revisión constitucional, con mayor

²⁶⁴ Cfr. Jacques Velu, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Belgique*, esp. pp. 63-65; G. E. Langemeijer, *Das gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in den Niederlanden* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en los Países Bajos), t. II, pp. 801-813; Themistokles Tsatsos, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Griechenland* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Grecia), t. I, pp. 292-320. Todos estos trabajos publicados en la obra ya mencionada "Gerichtsschutz gegen die Exekutive".

²⁶⁵ Se han establecido tribunales fiscales en México, Argentina, Costa Rica, El Salvador, Ecuador y Venezuela, pudiendo señalarse también a Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, que si bien no poseen tribunales especiales para la materia tributaria, han regulado procedimiento especial para este sector; cfr. Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 270 y ss.; Adolfo Atchabahian, *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.

²⁶⁶ Cfr. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., pp. 28-58; Charles Eisenmann y Léo Hammon, *La Jurisdiction Constitutionnelle en Droit Français*, cit., pp. 255 y ss.

²⁶⁷ Cfr. Piero Calamandrei, *La casación civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961 (reimpresión), t. I, vol. I, pp. 350 y ss.

²⁶⁸ Cfr. Piero Calamandrei, *op. ult. cit.*, t. I, vol. II, pp. 35 y ss.

²⁶⁹ Cfr. Calamandrei, *op. ult. cit.*, t. II, vol. II, pp. 109 y ss.

razón en Francia en la que existe una tradición contraria al sistema americano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.²⁷⁰

Sin embargo, del mismo modo que el 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.

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.*"

A falta de un procedimiento similar al *habeas corpus*, el afectado por una detención indebida sólo puede intentar una reclamación judicial para exigir la responsabilidad civil y criminal de los autores de la propia detención.²⁷¹

En esta dirección, 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, habiéndose extendido la protección a la inviolabilidad del domicilio y consecuentemente la responsabilidad de los funcionarios que la practiquen.²⁷²

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 los casos de reclamaciones por detenciones arbitrarias y violaciones del domicilio, y el Tribunal de Conflictos, que es el órgano encargado de dirimir este tipo de controversias, 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 resolución de la controversia cuando la reclamación se dirige contra los funcionarios en particular, especialmente en los casos muy comentados de *Dame de la Murette* (27 de marzo de 1952) y *Clément* (16 de noviembre de 1964).²⁷³

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

²⁷⁰ A esta tradición se refieren expresamente Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1957, cit., p. 87, que inclusive califica de "hostil" al control judicial, y en un sentido similar, Salo Engel, *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.

²⁷¹ En realidad, es muy limitada la competencia de los tribunales judiciales franceses, y consecuentemente su órgano supremo, o sea 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 su órgano supremo, el Consejo de Estado, cfr. Michel Fromont, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, cit., pp. 228-232.

²⁷² Cfr. Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas, *La Corte de Casación*, en "Revista" de la propia Comisión, diciembre de 1967, pp. 119-123.

²⁷³ Cfr. Paul Amselk, *Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes a la liberté individuelle*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger". Paris, septiembre de 1965, pp. 81-855.

octubre de 1946,²⁷⁴ aun cuando sus orígenes pueden remontarse al Senado Conservador de la Constitución del 22 primario del año VIII,²⁷⁵ y el Senado de la Carta Constitucional de 1852;²⁷⁶ conformado el propio Consejo un órgano político de control constitucional preventivo de las leyes expedidas por las Cámaras del Parlamento.²⁷⁷

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, el Primer Ministro o los presidentes de cualquiera 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.²⁷⁸

Es claro que en este sentido el Consejo Constitucional ejercita un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes cuando las mismas afectan los derechos fundamentales acogidos, según se ha visto, en el Preámbulo de la Carta Fundamental de 1958, ya sea oficiosamente tratándose de las leyes orgánicas y reglamentarias o a petición de los altos funcionarios mencionados en el párrafo anterior, en cualquiera otra hipótesis; pero además de no otorgar a los afectados la posibilidad de impugnación de las disposiciones que consideren contrarias a los derechos humanos, su actividad en esta dirección, a pesar de constituir un control constitucional, es menos efectiva que la del Consejo de Estado por lo que se refiere a la tutela de los propios derechos fundamentales.²⁷⁹

b) *Los tribunales constitucionales y el recurso constitucional.* Aun cuando ambas instituciones no se encuentran forzosamente relacionadas, según lo podemos observar en Italia y Suiza, sin embargo estimamos que el citado medio de impugnación adquiere su mayor eficacia cuando se hace valer ante un tribunal especializado en la materia constitucional.

²⁷⁴ Cfr. Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., pp. 90 y ss.; Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas, *El Consejo Constitucional*, en la "Revista" de la misma Comisión, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 124-129.

²⁷⁵ Sobre la organización y funciones del Senado Conservador francés, cfr. André Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique comparative: Etats Unis-France*, Paris, 1928, pp. 173 y ss.

²⁷⁶ Respecto a las atribuciones del Senado como órgano de control constitucional en la Carta francesa de 1852, cfr. Félix Moreau, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, 9a. Ed., Paris, 1921, p. 100.

²⁷⁷ Cfr. el tratadista Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1963, p. 643, pretende que este organismo posee carácter jurisdiccional, pero su punto de vista no es compartido por la doctrina mayoritaria, como lo destaca Salo Engel, *El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la postguerra*, cit., pp. 73-92.

²⁷⁸ El artículo 62 de la Carta Fundamental francesa dispone: "Una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni puesta en vigor. Las decisiones del Consejo Constitucional no admiten recurso alguno. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

²⁷⁹ Cfr. Charles Eisenmann y Léo Hamon, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., pp. 279-281; Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit.,

a' Los tribunales constitucionales tienen su inspiración en el establecido por la Constitución austriaca de 1920-1929, configurado según las ideas del ilustre Hans Kelsen sobre la necesidad de establecer una verdadera y propia jurisdicción constitucional,²⁸⁰ por lo que el sistema ha sido calificado de "austriaco" para distinguirlo del "americano" en cuanto al control de la constitucionalidad de los actos de autoridad.²⁸¹

La Corte Constitucional austriaca, fue suspendida por el gobierno autoritario que tomó el poder en 1933 y por supuesto durante la dominación nacional socialista y la segunda guerra mundial, pero fue restablecida por la Ley de lo. de mayo de 1945, con sus diversas atribuciones de control constitucional, entre las que merecen destacarse la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) y el recurso contra las violaciones a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (*Beschwerde*).²⁸²

a'' Por lo que se refiere a la impugnación de las leyes inconstitucionales —comprendiendo también los reglamentos— en los términos de los artículos 139-140 de la Constitución Federal, se atribuyó al Gobierno Federal o a los gobiernos de las Entidades Federativas, tratándose de leyes o reglamentos locales o nacionales, respectivamente; en la inteligencia de que tanto la Corte Suprema para asuntos civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*) como la Corte Suprema Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) están facultadas para suspender un proceso concreto sometido a su conocimiento cuando estimen que existe duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso, remitiendo el asunto a la Corte Constitucional para que decida exclusivamente sobre la cuestión de constitucionalidad.²⁸³

Lo que caracteriza el sistema austriaco es el efecto general —*erga omnes*— de la declaración de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 140, párrafo tercero, de la Constitución Federal, según el cual, el fallo de la Corte Constitucional debe ser publicada por el Canciller Federal o el Gobernador local (*Landeshauptmann*) con la consecuencia de que el ordenamiento calificado como inconstitucional queda anulado, es decir privado de efectos (*Aufhebung*) a partir de la publicación (*ex nunc*).

Por otra parte, el mismo precepto otorga facultad discrecional a la citada Corte Constitucional para disponer que la anulación de la ley surta efectos a

²⁸⁰ Cfr. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", París, 1928, pp. 197-257; Walter Frisch Philip, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca creada por él*, trad. de Elsa Bieler, en "Jurídica", Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1970, pp. 129-130.

²⁸¹ Cfr. Mauro Capelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 34-48.

²⁸² Cfr. Walter Frisch Philip, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho*, etcétera, pp. 131-148; Erwin Melichar, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Osterreich* (La jurisdicción constitucional en Austria), en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 440-445; Felix Ermacora, *Der Verfassungsgerichtshof* (La Corte Constitucional), Graz, Austria, 1956, pp. 76-84.

²⁸³ Cfr. Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 214-263; Erwin Melichar, *op. ult. cit.*, pp. 458-460; Walter Frisch Philip, *op. ult. cit.*, pp. 132-143.

partir de una fecha determinada posterior a su publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, siempre que el plazo respectivo no sea superior a seis meses.²⁸⁴

Claro es que a través de este control de la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos, la Corte Constitucional protege los derechos fundamentales de los gobernados, ya que está facultada, según hemos dicho, para aclarar con efectos generales la nulidad de los ordenamientos o disposiciones que contradigan la Constitución Federal, y por tanto, que menoscaben los derechos de la persona humana reconocidos en la Ley Suprema.

b'' Desde el punto de vista de la tutela específica de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, consideramos de mayor importancia el que podemos calificar de recurso (*Beschwede*, 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.

Aun cuando la *Berchwerde*, es decir, el que calificamos como recurso constitucional, no se introdujo en la Constitución de 1920-1929, ya que surgió en la Ley Fundamental sobre el Tribunal Supremo del Imperio (*Reichsgericht*), de 21 de diciembre de 1867,²⁸⁵ en realidad se perfecciona en el artículo 144 de la citada Carta Federal de la primera postguerra, que como hemos dicho, se restableció en 1945, y actualmente está reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley sobre la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*), de 1953.

De acuerdo con los preceptos mencionados, el citado recurso específico puede interponerse por cualquier persona afectada, inclusive extranjera, contra los actos y resoluciones de las autoridades administrativas tanto federales como locales, pero agotando previamente los recursos ordinarios correspondientes.

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 administrativos 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, el cual puede acudir a todos los medios posibles, incluyendo el ejército.²⁸⁶

²⁸⁴ Cfr. Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 259-263; Walter Frisch, *op. ult. cit.*, pp. 259-263; Walter Frisch, *op. ult. cit.*, 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), México, 1969, pp. 136-158.

²⁸⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 31-33; Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 306-307; Günter Winkler, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Österreich* (La protección judicial contra el poder ejecutivo en Austria) en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., t. II, 1970, pp. 836-838.

²⁸⁶ El procedimiento que debe seguirse para plantear el recurso constitucional ante la Corte especializada austriaca, está regulado por los artículos 82 a 88, de la Ley sobre la citada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*) de 1953, cfr. Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 298-349; autor que también señala los números de las diversas resolucio-

También debe señalarse que están claramente separados el control de 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 129-132 de la Constitución Federal, reglamentados por la Ley sobre la citada Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshofgesetz*), de 1965.²⁸⁷

b' El sistema que debe considerarse más elaborado en esta materia es el establecido por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana promulgada el 23 de mayo de 1949, cuyos artículos 93 y 94, inspirados en el sistema austriaco, establecieron un Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), reglamentado por su ley orgánica (*Bundesverfassungsgesetz*), de 12 de marzo de 1951, reformada por Decreto de 21 de julio de 1956.²⁸⁸

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

a'' En primer término y como ocurre en el modelo austriaco, el Tribunal Constitucional Federal, que tiene su sede en la ciudad de Karlsruhe, e inició sus labores en septiembre de 1951, ejercita un control sobre las leyes inconstitucionales (*Normenkontrolle*).

En efecto, desde este punto de vista, existen dos medios para plantear la inconstitucionalidad de las leyes ante el citado tribunal, lo primero de carácter incidental o prejudicial, se califica por la doctrina como control concreto (*konkrete Normenkontrolle*) y el segundo por vía de acción directa conocida también como control abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*).²⁸⁹

nes dictadas por la propia Corte Constitucional, desde 1947 hasta 1953, pp. 302-306 tanto en el fondo como en materia procesal, respecto de los recursos constitucionales interpuestos por la violación de los derechos fundamentales consagrados tanto por la Constitución federal como por la Ley constitucional sobre los derechos de los ciudadanos (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger* de 1867). Sobre la extensión y contenido de los derechos fundamentales en el derecho austriaco véase el estudio del propio Ermacora, *Die Grundrechte in Österreich* (Los derechos fundamentales en Austria), en la citada obra "Die Grundrechte", t. I, pp. 129-173. Las sentencias que sobre esta materia ha pronunciado la repetida Corte Constitucional austriaca desde 1919 hasta 1964, pueden consultarse en el repertorio intitulado *Die judikatur des Verfassungsgerichtshof* (La jurisprudencia de la Corte Constitucional), compilada por Johann Hirsch y Alfred Kaltenberger, 2 vols. Wien, 1966; sobre la materia también debe consultarse el agudo análisis de Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 33-37.

²⁸⁷ Cfr. Günter Winkler, *Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Österreich*, cit., pp. 860 y ss.

²⁸⁸ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 63-71; F. Rubio Llorente, *El Tribunal Constitucional Federal alemán*, Caracas, 1962, pp. 113-126, estudio que consigna como apéndice una traducción castellana del autor de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 1961, con sus reformas de 1956, pp. 127-167.

²⁸⁹ Cfr. Hans Lechner, *Verfassungsgerichtsbarkeit* (La jurisdicción constitucional), en la obra "Die Grundrechte", t. III, vol. 2, Berlín, 1969, p. 660; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 133-144.

En el primer supuesto, cuando un juez o tribunal estiman que la ley aplicable al caso es inconstitucional, suspende el procedimiento y eleva los autos al citado Tribunal Constitucional Federal —salvo que se trate de una contradicción de una ley local con la Constitución provincial, pues entonces debe remitirse al tribunal local competente para conocer de materias constitucionales— para que el citado Tribunal Constitucional, previa la opinión de los tribunales superiores federales o el supremo de la provincia respectiva —en este último supuesto, si una ley local es contraria a la 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 110 de la Constitución Federal, y 13, fracción 11, 80-82 de la Ley Reglamentaria).²⁹⁰

La acción directa de inconstitucionalidad o control abstracto, puede plantearse directamente ante el Tribunal Constitucional Alemán por el Gobierno Federal 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 local es contraria a la Constitución Nacional, o la segunda, también a un ordenamiento federal (artículos 93, fracción 20 de la citada Constitución Federal y 15, fracción vi, 76-79 de la Ley Reglamentaria correspondiente).

En uno y otro caso, la resolución que dicte el Tribunal Constitucional Federal tiene eficacia general (*erga omnes*) si declara la inconstitucionalidad del ordenamiento combatido y se traduce en la derogación del mismo ordenamiento en cuanto la decisión es publicada en el periódico oficial (artículo 31 de la Ley sobre el citado Tribunal Constitucional Federal), aun cuando el fallo también puede asumir efectos retroactivos respecto a las situaciones jurídicas no consumadas, e inclusive se admite la revisión de las sentencias firmes en materia criminal, no pudiendo ejecutarse las de carácter civil, cuando se apoyen en las normas declaradas inconstitucionales por el propio Tribunal Constitucional (artículo 79 de la Ley Reglamentaria).²⁹¹

b'' El instrumento específico de tutela de los derechos humanos es la llamada *Verfassungsbeschwerde*, que a falta de una traducción exacta, hemos calificado como "recurso constitucional".²⁹²

²⁹⁰ Cfr. Ernst Friesenhahn, *op. ult. cit.*, pp. 136 y ss. Este control de carácter prejudicial, tiene semejanzas con el sistema italiano, que se examinará más adelante, como lo ha puesto de relieve Mauro Cappelletti, en su estudio intitulado *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 4-9.

²⁹¹ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., p. 68; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 189-190.

²⁹² Esta es también la calificación que asigna el tratadista italiano Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 62 y ss.; pero las dificultades de una traducción exacta del vocablo alemán *Verfassungsbeschwerde*, han sido señaladas agudamente por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en su reseña hemerográfica al estudio de Hans Rupp, *Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem*, al cual nos referiremos más adelante; reseña publicada en la "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", Madrid, 1970. pp. 211-213.

Con antecedentes inmediatos en instituciones similares establecidas en las Constituciones locales del Estado de Baviera de 1919 y 1946,²⁹³ sin embargo no fue consagrado expresamente este instrumento en el texto de la Ley Fundamental de la República Federal de 1949, sino que debe considerarse una creación del legislador federal, que lo introdujo en los artículos 90 a 96 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) de 1961, que hemos mencionado anteriormente,²⁹⁴ y sólo con posterioridad fue introducida esta institución en el inciso 4a del artículo 93 de la Constitución Federal, por reforma de 29 de enero de 1969.

Este recurso puede interponerse por cualquier afectado (persona física o colectiva) en sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente por acto 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.

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*), que son los consignados en una sección especial de la Ley Fundamental de Bonn (Constitución Federal), artículos 1o. a 19, así como aquellos que se consideran “equiparados” a los primeros, mediante remisión expresa a las disposiciones también constitucionales que los regulan, en los términos del artículo 90, inciso primero de la misma Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional.²⁹⁵

De acuerdo con lo anterior, se protegen procesalmente a través del recurso constitucional los siguientes derechos de la persona humana: libre desenvolvimiento de la personalidad y derecho a la vida y a la integridad corporal (artículo 2o.); 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 difusión de las opiniones de palabra, por escrito y por imágenes (artículo 5o.); protección del matrimonio y 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,

²⁹³ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 39-62.

²⁹⁴ Debe tomarse en consideración que el constituyente de Bonn estableció un recurso jurisdiccional genérico, en el artículo 19 parágrafo 4 de la propia Ley Fundamental, según el cual: “Un recurso jurisdiccional queda abierto a cualquiera que se encuentre lesionado en sus derechos por el poder público. Este recurso es, salvo disposición contraria, de la competencia de los tribunales ordinarios”, cfr. Klaus Vogel, *Der gerechliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en la República Federal Alemana), en el volumen ya citado “Gerichtsschutz gegen die Executive”, t. 1, pp. 132-134.

²⁹⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 67-68; F. Rubio Llorente, *El Tribunal Constitucional alemán*, cit., pp. 123-124 y 158.

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); etcétera.

En cuanto a los derechos que se equiparan a los anteriores, son los relativos a la igualdad de derechos y oportunidades en todas las provincias (*Länder*) (artículo 33); sufragio universal, directo, libre y secreto para ser designado o votar para diputados a la Cámara Federal (*Bundestag*) (artículo 38); prohibición de los tribunales de excepción (artículo 101), y garantías del proceso (artículos 103 y 104), preceptos todos ellos de la Constitución Federal.

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, 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 tiene importancia general o que amenaza al recurrente un perjuicio grave o irremediable en el supuesto de que se le remita a la citada vía ordinaria (artículo 90 inciso 2, de la Ley Reglamentaria del citado Tribunal).²⁹⁶

El agotamiento de los recursos ordinarios como presupuesto de admisibilidad de la impugnación mencionada determina que en la gran mayoría de los recursos constitucionales se interpongan contra resoluciones judiciales firmes dictadas en única o última instancia de 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— y que las leyes no se impugnan directamente por los particulares 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 (*Bundestag*)— ya que los citados 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 autoaplicativas.²⁹⁷

Esta situación es la que nos ha llevado a considerar que el instrumento que estamos examinando constituye un recurso en sentido técnico, ya que en su mayor proporción se hace valer contra resoluciones judiciales, pero también se presenta excepcionalmente la hipótesis de una *acción constitucional* a través de la misma *Verfassungsbeschwerde*, es decir, cuando la impugnación se puede hacer directamente ante el Tribunal Constitucional Federal, ya sea en los casos en que el mismo Tribunal estime que existe interés general o que se puede causar un daño grave o irreparable al promovente o bien en los supuestos de leyes

²⁹⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 76-77; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 164; Klaus Vogel, *Der gerichtliche Rechtsschutz der Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 165.

²⁹⁷ Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 75-76; Ernst Friesenhahn, *op. ult. cit.*, p. 163.

autoaplicativas o de actos contra los cuales las disposiciones respectivas no concedan recursos o impugnaciones ordinarias.

Un aspecto importante es la facultad del Tribunal para dictar providencias precautorias con el objeto de evitar un grave perjuicio al promovente, o por cualquier otro motivo importante apoyado en razones de interés público, artículo 32, inciso 1, de la Ley sobre el Tribunal Constitucional, impidiendo de esta manera la consumación de la afectación de los derechos fundamentales, en forma similar a la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado en el derecho mexicano.²⁹⁸

La Ley Reglamentaria que hemos venido examinando establece una serie de disposiciones sobre la eficacia de los fallos del Tribunal Federal Constitucional 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 1, 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 quién ha de ejecutarla, y en su caso, la forma y modo del cumplimiento en cada caso concreto.

Por lo que se refiere específicamente a las resoluciones del propio Tribunal que consideren fundado el recurso constitucional, éstas deben señalar el precepto de la Ley Fundamental que ha sido violada 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; en la inteligencia de que 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 tribunal competente, pero si la impugnación se dirige contra una ley —autoaplicativa— o el acto o resolución reclamados se apoya en una ley inconstitucional, el repetido Tribunal Constitucional, además de anular el acto de aplicación, cuando existe, declara la inconstitucionalidad de la ley respectiva, en forma general —*erga omnes*—.²⁹⁹

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 Constitucional, 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 empezó sus actividades— hasta el 31 de diciembre de 1967, 17,232 lo fueron a través de recursos constitucionales.³⁰⁰

²⁹⁸ Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 84-85.

²⁹⁹ Cfr. Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, etcétera, pp. 189-190; Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 94 y ss.

³⁰⁰ *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; por su parte, también Ernst Friesenhahn, *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 periodo de diez años que examina (1951-1961), se habían interpuesto un promedio de 80 a 90 recursos mensuales ante la Corte Constitucional (cerca de 8100 en total, en ese lapso).

El mismo autor advierte que de todos estos recursos constitucionales sólo el uno por ciento aproximadamente, es decir 174 —de los cuales 45 se tradujeron en la declaración general de inconstitucionalidad total o parcial de ordenamientos legislativos— fueron resueltos favorablemente a los promoventes, no obstante lo cual, no ha disminuido la interposición de los propios recursos constitucionales.³⁰¹

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 indirecta el respeto de los derechos humanos por parte de todas las autoridades, al conocer que sus extralimitaciones serán impugnadas a través del citado recurso, advirtiéndose un mayor cuidado de los funcionarios en sus relaciones con los particulares; por otra parte, desde el punto de vista objetivo, las resoluciones dictadas en esta clase de impugnaciones, aun cuando 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 volúmenes del Repertorio oficial que contiene el catálogo de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal (*Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*).³⁰²

Ha sido tal el crecimiento de los recursos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Federal, que se hizo necesaria la reforma de las disposiciones relativas de la Ley del citado Tribunal (artículos 91 y 93), según 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 a cargo de Comisiones Tripartitas de Magistrados del propio Tribunal, con la facultad de desestimar *in limine* aquellos recursos que se consideren notoriamente infundados, que no planteen problemas constitucionales o cuyo rechazo no produzca perjuicios irreparables a los promoventes.³⁰³

El inciso 3o. del artículo 90 de la mencionada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal 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 local, de acuerdo con el ordenamiento de éste, lo que tiene importancia, ya que existen varios tribunales de esta naturaleza en casi todas las provincias de la República Federal, pudiendo mencionarse los establecidos en Baviera, Renania-Palatinado, Hesse,³⁰⁴ Württemberg, Bremen y Hamburgo.³⁰⁵

³⁰¹ Cfr. Hans Rupp, *op. ult. cit.*, pp. 1-2.

³⁰² Cfr. Hans Rupp, *op. ult. cit.*, pp. 3 y ss. Por su parte, el tratadista italiano Silvio Lessona, *La funzione del Tribunale Costituzionale Federale della Repubblica 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, lo que representa un esfuerzo que se califica de asombroso en el campo de la justicia constitucional.

³⁰³ Cfr. Hans Rupp, *op. ult. cit.*, pp. 5-8.

³⁰⁴ El recurso constitucional ante estos tres tribunales es analizado por Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 46-62; 105-110.

³⁰⁵ Cfr. Hans Lechner, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 685-689; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, etcétera, cit., pp. 103-105.

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 pueden ser más amplios o restringidos que los consignados en la Carta Federal— sino que también implica la infracción de uno de los derechos del hombre consagrados por la Constitución nacional, ya que en ese supuesto el particular lesionado en su derecho de doble naturaleza —local y federal— puede acudir al Tribunal Constitucional Provincial o al Federal, alternativamente o en forma simultánea.³⁰⁶

c' 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 la pérdida o suspensión de algunos de estos derechos, en el supuesto de que se abuse de su ejercicio, según lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Federal,³⁰⁷ correspondiendo al Tribunal Constitucional Federal la declaración respectiva, a través de un procedimiento contradictorio regulado por los artículos 39 a 42 de la Ley del citado Tribunal Constitucional.³⁰⁸

La petición para la pérdida o suspensión de los derechos fundamentales se atribuye a la Asamblea Federal (*Bundestag*), al Gobierno Federal o al de una Provincia (artículo 36 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 diversos, 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, puede decretar su disolución (artículo 39 de la Ley).

Se ha establecido, además, un mecanismo para revocar el fallo que declare la pérdida o suspensión de 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).

El procedimiento de pérdida de 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, ya que el abuso del ejercicio de los derechos humanos generalmente implica una invasión de esfera de la libertad de los demás o algunos de los gobernados, y además, resulta saludable

³⁰⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., p. 80; Ernst Friesenhahn, *op. ult. cit.*, pp. 113-118

³⁰⁷ El artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, dispone: "*Cualquiera que abuse de la libertad de expresión, de las opiniones, en particular de la libertad de prensa (artículo 5º, párrafo 1º), de la libertad de enseñanza (artículo 1º, párrafo 3º), de la libertad de reunión (artículo 8), de la libertad de asociación (artículo 9), del secreto de correspondencia postal, telegráfica o telefónica (artículo 10), del derecho de propiedad (artículo 14) o del derecho de asilo (artículo 16, párrafo 2º), para combatir el orden constitucional, liberal y democrático, será suspendido en sus derechos fundamentales. Permanece al Tribunal Constitucional Federal pronunciar dicha suspensión y fijar su extensión.*"

³⁰⁸ Cfr. Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, etc., pp. 179-181.

establecer un equilibrio entre autoridad y libertad, tomando en cuenta, que la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece una serie de mecanismos para evitar un menoscabo permanente de los derechos cuyo abuso se ha declarado.

c' 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,³⁰⁹ la cual por razones de carácter político, no pudo funcionar inmediatamente, sino que se integró hasta el año de 1956, habiéndose dictado su primera sentencia el 14 de julio de ese mismo año.³¹⁰

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

En efecto, en esta materia el ordenamiento italiano configura dos medios de elevar a la Corte Constitucional la contradicción entre una ley ordinaria y la otra por la vía de acción directa.

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; de tal manera que si el juzgador considera que el proceso ordinario 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,³¹¹ de manera que, según lo señalamos anteriormente, el juez ordinario es el único que está facultado para abrir o cerrar el camino de la cuestión de inconstitucionalidad 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 (*ver nota 49*).

El otro medio de plantear la inconstitucionalidad de los ordenamientos legales ante la Corte Constitucional es calificado por la doctrina como *acción*

³⁰⁹ 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 normas integrativas formuladas por la misma Corte Constitucional el 16 de marzo de 1956, y finalmente, por el reglamento general, también expedido por el citado Tribunal, el 22 de abril de 1958.

³¹⁰ Sentencia publicada en la "Rivista di Diritto Processuale", Padova, julio-septiembre de 1956, segunda parte, pp. 149 y ss.; con un extraordinario comentario de Piero Calamandrei, *La prima sentenza della Corte Costituzionale*, este último estudio traducido por Santiago Sentís Melendo, *La primera sentencia de la Corte Constitucional*, en "Estudios sobre el proceso civil", Buenos Aires, 1962, pp. 185-198.

³¹¹ En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad, por no tener relación con la causa o por ser 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 puede elevarse a la Corte Constitucional.

directa de inconstitucionalidad,³¹² ya que se trata de las impugnaciones que pueden intentar el gobierno nacional respecto de una ley regional; cuando una región demanda la inconstitucionalidad de una ley nacional, o bien la de otra región (artículos 31, 32 y 33 de la Ley número 87 de 1953).³¹³

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 Fundamental, su resolución asume efectos generales (*erga omnes*), ya que el artículo 136 de la Ley Suprema establece categóricamente: "Cuando la Corte declara 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."³¹⁴

Sin embargo, debe lamentarse en el sistema italiano la ausencia de un instrumento similar al recurso constitucional de los ordenamientos de Austria y de Alemania Occidental, que pudiera promoverse por los afectados contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, directamente ante la Corte Constitucional, con mayor razón si tomamos en cuenta que la citada Corte 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.³¹⁵

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 frecuente 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, y esto lo ha venido haciendo de manera bastante satisfactoria, especialmente en el campo de la libertad personal y de los derechos del acusado en materia penal, tomando en cuenta que numerosas disposiciones de esta índole provienen de la época del fascismo, aun cuando se han procurado reformar en los últimos años, precisamente por la obra de la Corte Constitucional.³¹⁶

³¹² Cfr. Piero Calamandrei, *Corte Constitucional y autoridad judicial*, en "Estudios sobre el proceso civil", cit., p. 128.

³¹³ Cfr. F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, en "Revista de la Facultad de Derecho", Núm. 31, Caracas, 1965, pp. 229-232; Aldo M. Sandulli, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien* (La jurisdicción constitucional en Italia), en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 301-305.

³¹⁴ 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..."

³¹⁵ Cfr. Carlos Ollero, *El derecho constitucional de la posguerra, Apuntes para su estudio*, Barcelona, 1949, pp. 52 y ss.

³¹⁶ Cfr. F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, cit., p. 212; Verzio Crisafulli, *Le funzione della Corte Costituzionale nella dinamica del sistema; esperienze e prospettive*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, abril-junio de 1966, pp. 206-232; Giovanni Bognetti, *La Corte Costituzionale Italiana e la sua partecipazione alla funzione*

Por otra parte, la tutela procesal de los derechos humanos no descansa en Italia únicamente en la Corte Constitucional mencionada, sino también en 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 que menoscaben sus derechos fundamentales, especialmente cuando provienen de autoridades administrativas.

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 en su mayor parte, los primeros, salvo casos especiales, pueden hacerse valer ante los tribunales administrativos y en última instancia, ante el Consejo de Estado,³¹⁷ en tanto que la defensa de los derechos subjetivos corresponde esencialmente a las autoridades judiciales ordinarias, y en último grado, a la Corte de Casación italiana.

La tutela de los derechos subjetivos de los administrados, y así sea indirectamente, los de carácter constitucional, ha determinado rozamientos entre las Cortes de Casación y Constitucional, ya que en ocasiones han resuelto problemas similares, particularmente tratándose de los derechos humanos, de manera diversa, ya que el tribunal especializado, con un espíritu interpretativo más liberal, se ha enfrentado a un criterio más restringido de la Corte de Casación, la cual está integrada por jueces profesionales que poseen una preparación tradicional,³¹⁸ buscándose actualmente un punto de equilibrio entre estos dos organismos.³¹⁹

di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico, en "Jus", "Rivista di scienze giuridiche", Milano, enero-junio de 1967, pp. 109-126.

³¹⁷ Según la parte relativa del artículo 103 de la Constitución Italiana vigente: "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 particulares indicados en la ley, también de los derechos subjetivos..." Cfr. Giovanni Paleologo, *Il Consiglio di Stato italiano. Struttura e funzioni*, en "Rivista Italiana di Diritto Pubblico", Milano, abril-junio de 1966, pp. 303-353; Vittorio Bachelet, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Italie*, en la obra varias veces citada "Gerichtsschutz gegen die Exekutive", t. I, pp. 485-488; Giovanni Miele, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, enero-marzo de 1966, pp. 1-31.

³¹⁸ Respecto a la integración de la Corte Constitucional italiana se ha buscado un sistema que combina 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 ordinarias y administrativas, esta elección no puede recaer, en los términos del artículo 135 constitucional, sino "entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los profesores titulares de las Universidades en materias jurídicas y lo abogados con veinte años de ejercicio; cfr. Aldo M. Sandulli, *L'indipendenza della Corte Costituzionale*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, enero-marzo de 1966, pp. 37-51; F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, cit., pp. 207-211.

³¹⁹ Cfr. John Henry Merryman y Vincenzo Vigoriti, *When courts collide: Constitution and cassation in Italy*, en "The American Journal of Comparative Law", Ann Arbor, Michigan, vol. 15, Núm. 4, 1966-1967, pp. 665-686.

Esta situación de conflicto que eventualmente puede presentarse entre la Corte de Casación —y en menor escala respecto del Consejo de 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 humanos por cualquier acto de autoridad, ya que la tutela indirecta antes mencionada, resulta insuficiente, como lo ha demostrado con gran precisión el tratadista Mauro Cappelletti.³²⁰

d' El caso del ordenamiento federal suizo es el contrario al de Italia, puesto que la Constitución Federal consagra un recurso constitucional literalmente, recurso de derecho público (*Staatrechtliche Beschwerde*) contra los actos administrativos, legislativos y judiciales de las autoridades cantonales, pero en cambio carece de una Corte Constitucional especializada, ya que las cuestiones de constitucionalidad competen al Tribunal Supremo Federal, de acuerdo con la influencia angloamericana que señalamos con anterioridad.

No obstante que el citado recurso constitucional está limitado a la tutela de los derechos fundamentales reconocidos tanto por la Constitución Federal como de las Cartas cantonales, en contra de los actos y disposiciones de autoridades administrativas, judiciales y legislativas de carácter local, en los términos del artículo 113, inciso primero, número 3, de la vigente Ley Fundamental Federal de 29 de mayo de 1874,³²¹ asume gran importancia debido a la magnífica labor que ha desarrollado el Tribunal Supremo Federal en beneficio de los citados derechos humanos consagrados constitucionalmente.³²²

El citado recurso puede interponerlo cualquier afectado en sus derechos fundamentales por la actividad de las autoridades cantonales, y cuando se trata de impugnación de disposiciones legislativas, también locales, dicha afectación puede ser inclusive potencial, lo que implica una gran liberalidad en la admisión del propio recurso, por lo que sólo es de lamentarse que no resulte procedente en relación con autoridades federales.³²³

Por otra parte, el mismo Tribunal Federal, a través de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, también de carácter local —pues no se

³²⁰ En realidad, su magnífico libro tantas veces mencionado, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, esp. pp. 111 y ss., constituye un alegato muy convincente para el establecimiento de un medio procesal de tutela directa y específica de las libertades fundamentales, como la que existe en los países que estudia con preferencia, es decir, la República Federal Alemana, Suiza y Austria.

³²¹ El citado precepto dispone en lo conducente: “artículo 113. El Tribunal Federal conoce, además: . . . 3. De las reclamaciones por violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos, así como las reclamaciones de particulares por violación de concordatos y de tratados. . .”; cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 20-22; Max Imboden, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, cit., pp. 520-521; Kurt Eichenberger, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Suiza), en la obra “*Gerichtsschutz gegen die Executive*”, cit., t. 2, pp. 984-985.

³²² Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 21-22

³²³ Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, p. 20; Max Imboden, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, cit., pp. 522-523.

pueden impugnar las de naturaleza federal—, con efectos particulares para cada caso concreto, también puede efectuar una tutela indirecta de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, de la misma manera que los países que han seguido el sistema calificado como “americano” en esta materia.³²⁴

e’ El modelo austriaco de tribunal constitucional especializado, además de haber sido adoptado, según se ha visto, por los ordenamientos promulgados en esta postguerra en Italia y la República Federal Alemana, ha tenido una amplia divulgación y se va extendiendo paulatinamente inclusive tratándose de países que se han organizado de acuerdo con el modelo socialista de la Unión Soviética.

Para no alargar demasiado, esta exposición panorámica, describiremos en forma muy suscitan estos ordenamientos, tomando en cuenta la época en que fueron introducidos:

a” En la Constitución de la República de Chipre promulgada el 16 de agosto de 1960, se estableció también un Tribunal Supremo Constitucional (artículos 133 a 151) con facultades sumamente heterogéneas y complicadas, pero con el objeto fundamental de lograr un equilibrio entre las comunidades griega y turca de la citada isla, como lo reflejaba la composición del citado Tribunal, que se integraba sólo con tres magistrados, uno de origen griego, el otro de ascendencia turca, y el tercero originario de un país neutral, por lo que no podía ser designado entre los súbditos de Grecia, Turquía, Gran Bretaña o sus colonias (artículo 133 constitucional).³²⁵

Lo que debemos subrayar en el sistema chipriota era la posibilidad de un recurso constitucional directo que podía hacer valer cualquier persona afectada directamente o como miembro de una de las dos comunidades (griega o turca), por una decisión, acto u omisión de cualquier autoridad, que se considerara contrario a la Carta Fundamental, comprendiéndose la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, varios de los cuales, de carácter individual o social, tienen su origen en el modelo trazado por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre de 1948 y las de la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950, pero además se consignan algunos peculiares de la división del país en las dos comunidades raciales antes indicadas.³²⁶

Sin embargo, en virtud de los constantes conflictos entre las propias comunidades griega y turca, en junio de 1964 la Cámara de Representantes (Dipu-

³²⁴ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., p. 36; Max Imboden, *op. ult. cit.*, pp. 511-515.

³²⁵ Cfr. George Vlachos, *L'organisation constitutionnelle de la République de Chypre*, en “Revue Internationale de Droit Comparé”, París, julio-septiembre de 1961, p. 528; *El sistema constitucional de la República de Chipre*, en “Revista de la Comisión Internacional de Juristas”, Ginebra, diciembre de 1960, pp. 38-39; Nicolas Antonopoulos, *La Constitution de la République de Chypre*, en “Revue Hellénique de Droit International”, Atenas, julio-diciembre de 1962, pp. 309-310, Willi Blümel, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Zypern* (La jurisdicción constitucional en la República de Chipre), en el volumen “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart”, cit., pp. 661-663; 667-703.

³²⁶ Cfr. Nicolas Antonopoulos, *op. ult. cit.*, pp. 324-326.

tados) integrada exclusivamente con los electos por la comunidad griega, es decir, sin la presencia de sus componentes de origen otomano, suprimió tanto el Tribunal Constitucional antes mencionado como el de carácter Supremo, que era la cabeza de la jurisdicción ordinaria, creando en lugar de ambos, una Corte Suprema, que reunió las atribuciones de los dos tribunales anteriores,³²⁷ y por supuesto, ante ese nuevo organismo judicial, constitucional y ordinario, debe hacerse valer el recurso constitucional, cuyo conocimiento correspondía exclusivamente al Tribunal Constitucional desaparecido.³²⁸

b" En la Constitución de la República de Turquía de 9 de julio de 1961, se estableció un Tribunal Constitucional, artículos 145 a 152, de acuerdo con el modelo de los de Italia y de la República Federal Alemana, según lo reconoce expresamente la doctrina,³²⁹ aun cuando con algunos aspectos peculiares introducidos por el Constituyente turco.

Descubrimos por tanto, la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes inconstitucionales en la vía directa que pueden intentar el presidente de la República, los partidos políticos que hayan obtenido por lo menos, el diez por ciento de los sufragios válidos en las últimas elecciones legislativas generales o estén representados en la Cámara Suprema Nacional o sus grupos parlamentarios; una sexta parte como mínimo de los miembros de cada una de las Cámaras Legislativas; y sólo dentro del ámbito de sus funciones, también están legitimados el Consejo Supremo de la Magistratura, el Tribunal de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación Militar y las universidades.

Pero también puede promoverse en la vía incidental o prejudicial, de acuerdo con el artículo 151 constitucional, el cual dispone que si al decidir un proceso, un tribunal ordinario comprueba que las disposiciones del ordenamiento aplicable al caso son anticonstitucionales, o bien considera que son fundados los argumentos que en el mismo sentido hubiesen formulado las partes, suspende el trámite y remite los autos al Tribunal Constitucional, quien deberá decidir dentro del plazo de tres meses sobre esta cuestión de inconstitucionalidad, a no ser que la deseche, pues en este último supuesto, corresponde al Tribunal de Casación pronunciarse sobre el mismo problema al estudiar el asunto al fondo.

Los efectos del fallo que declare la inconstitucionalidad son diversos si se dictó en un proceso instaurado por la vía directa, pues entonces son de carácter general, es decir, se traduce en la pérdida de eficacia del ordenamiento combatido, pero si la sentencia decidió un procedimiento instaurado en la vía prejudicial, los efectos se traducen en la desaplicación de la disposición combatida en

³²⁷ Cfr. S. A. de Smith, *Constitutional Law*, en "Annual Survey of Commonwealth Law, 1965", London, 1966, pp. 77-79; citado por Jorge Carpizo en su libro *Lineamientos Constitucionales de la Commonwealth*, México, 1971, p. 116.

³²⁸ Un ejemplo de un fallo dictado por la citada Corte Suprema de Chipre el 17 de junio de 1969 en relación con la violación de derechos humanos, puede consultarse en el estudio de L. G. Weeramantry, *Algunos fallos de importancia en materia de imperio del derecho y de libertad de la persona*, en "La Revista. Comisión Internacional de Derechos Humanos", Ginebra, marzo de 1970, pp. 46-47.

³²⁹ Cfr. K. Friket Arik, *La Cour Constitutionnelle Turque*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, abril-junio de 1926, p. 401.

el caso concreto en el cual surgió la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 152 constitucional).³³⁰

Advertimos, la ausencia de un recurso constitucional directo ante el Tribunal constitucional turco, por lo que la tutela de los derechos fundamentales es de carácter indirecto, como ocurre en Italia, según lo señalamos anteriormente, además de que, como en este último país, dicha protección indirecta es también compartida por la Corte de Casación y el Consejo de Estado.³³¹

c" Un gran interés para la materia que estamos examinando se desprende del examen de la Constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia, promulgada el 6 de abril de 1963, y que se encuentra todavía en vigor, ya que significó un cambio radical de su posición anterior, al abandonar el modelo soviético, y aproximarse, al menos en este aspecto, a la Constitución de la República Federal Alemana.

Efectivamente, en los artículos 241 a 251 de la referida Constitución Federal de 1963, así como en cada una de las Constituciones de las seis repúblicas federadas que integran la República de Yugoslavia (Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Croacia, Macedonia, Eslovenia y Serbia), las cuales fueron expedidas entre el 9 y el 12 de abril del citado año de 1963, se han establecido tanto una Corte Constitucional Federal como cortes constitucionales locales.³³²

Estas jurisdicciones constitucionales yugoslavas se reparten la competencia de la justicia fundamental en la citada República Federal, debiendo hacerse notar que los preceptos de las Cartas Constitucionales tanto nacional como locales fueron reglamentadas a través de leyes específicas, y que los organismos de que se trata entraron en funciones, simultáneamente, el 15 de febrero de 1964.³³³

En sus respectivas esferas la Corte Federal y las de carácter local conocen de las impugnaciones de la constitucionalidad de los ordenamientos tanto federales como locales, respectivamente, pero debemos destacar la existencia de recursos constitucionales para la protección de los derechos fundamentales y libertades individuales o sociales infringidas por un acto o funcionamiento de cualquier autoridad (artículos 36 y siguientes de la Ley sobre la Corte Constitucional Federal y similares de las Leyes locales respectivas).³³⁴

No obstante que las cortes constitucionales yugoslavas tienen pocos años de funcionamiento, ya se advierten los resultados de su labor en beneficio del

³³⁰ Cfr. K. Friket Arik, *op. ult. cit.*, pp. 402 y ss.; Tahsin Bekir Balta, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei* (La jurisdicción constitucional en Turquía), en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 559-556.

³³¹ Cfr. Tashin Bakir Balta, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Türkei* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Turquía), en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., t. 2, pp. 1069-1074.

³³² Cfr. Eugeni Dimitrov, *L'organisation des Républiques socialistes en Yougoslavie*, en el volumen "La Constitution Yougoslave de 1963", Paris, 1966, pp. 107-108; Nikola Srenetic, *Les juridictions constitutionnelles yougoslaves*, en el mismo volumen, pp. 204-205.

³³³ Cfr. Nikola Srenetic, *op. ult. cit.*, p. 203.

³³⁴ Cfr. Nikola Srenetic, *On the new constitutional judicature of Yougoslavia*, en "The New Yougoslav Law", Beograd, septiembre de 1964, pp. 22 y ss. Id. *Les juridictions constitutionnelles yougoslaves*, cit., pp. 205-206.

respeto y desarrollo tanto del orden constitucional como de la legalidad,³³⁵ y tal vez en el campo en el cual se descubren con mayor claridad los efectos favorables para el respeto y la realización de las disposiciones constitucionales, es el relativo a la protección de los derechos sociales de las agrupaciones llamadas de "auto-gestión", es decir las comunidades autónomas, así como la tutela de los derechos individuales de los ciudadanos de Yugoslavia, puesto que en la actualidad, además de contar con los organismos administrativos de vigilancia y control de los citados derechos fundamentales, los afectados pueden acudir ante las jurisdicciones constitucionales para obtener una tutela más enérgica de sus derechos, cuando sean infringidos por cualquier autoridad, aun cuando se requiere el agotamiento previo de los recursos ordinarios (artículos 36 a 42 de la Ley Reglamentaria de la Corte Federal).³³⁶

d" Muy recientemente otro de los países situados en el campo socialista, ha seguido las huellas de Yugoslavia, y en esta materia se ha acercado a los países occidentales, al establecer también el sistema de tribunal constitucional especializado.

Nos referimos a Checoslovaquia, que ha adicionado su Carta Fundamental de 11 de julio de 1960, claramente inspirada en el modelo soviético, a través de la Ley Constitucional de 27 de octubre de 1968 (número 143/1968), por medio de la cual se introdujo el régimen federal, y en cuyos artículos 86 a 101 se determina la futura existencia de un Tribunal Constitucional Federal y el establecimiento de sendos tribunales constitucionales en las Repúblicas Socialistas checa y eslovaca, que integran la citada federación.³³⁷

Las atribuciones del Tribunal Constitucional Federal y los de carácter local son muy similares a las que se atribuyen a los Tribunales Constitucionales de la República Federal Socialista de Yugoslavia, y al respecto debemos destacar lo dispuesto por los artículos 92 y 93 de la citada Ley Constitucional, de acuerdo con los cuales el Tribunal Constitucional Federal debe decidir "*sobre la protección de los derechos y libertades garantizados por la Constitución, si los mismos fueren lesionados por las decisiones u otros actos de los órganos federales cuyo conocimiento no atribuyere la ley a otra jurisdicción*", en la inteligencia de que pueden iniciar procedimientos ante dicho Tribunal, tanto los órganos del

³³⁵ Cfr. Vladomir Krivic, introducción al citado volumen "Les juridictions constitutionnelles", pp. 11-15, cita los principales fallos de inconstitucionalidad de ordenamientos o resoluciones generales por parte de la Corte Federal constitucional o de algunas cortes locales.

³³⁶ Cfr. Walter Gellhorn, *Citizens' grievances against administrative agencies. The Yugoslav approach*, en "Michigan Law Review", Ann Arbor, Michigan, enero de 1966, pp. 400-405; estudio reproducido posteriormente en el libro del mismo autor *Ombudsman and others. Citizens' protectors in nine countries*, Cambridge, Mass., 1967, pp. 269-278; Dragas Denkovic, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir executif en Yougoslavie*, en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., pp. 565-568.

³³⁷ El texto español de la Ley Constitucional de 1968 puede consultarse en "Información Jurídica", Núm. 303, Madrid, octubre-diciembre de 1969, pp. 43-89, y el Tribunal Constitucional, pp. 71-75; y la versión castellana de la Constitución de 1960, en "Información Jurídica", Núms. 216-217, Madrid, mayo-junio de 1961, pp. 23-47.

Estado, entre ellos el Procurador general, como los ciudadanos y las organizaciones.³³⁸

Los Tribunales Constitucionales mencionados, tanto el Federal como los de carácter local, no han sido constituidos ni parece ser que lo sean en un futuro próximo, ya que no se ha expedido la ley reglamentaria prevista por el artículo 100 de la mencionada Ley Constitucional de 1968.³³⁹

e" En la Constitución griega de 29 de septiembre de 1968, se introdujo según el modelo austriaco y por influencia alemana, un Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y siguientes.

Debido a la situación política que impera en Grecia, la consagración anterior debe considerarse simplemente formal, pero de cualquier manera constituye un antecedente que puede servir de base a un sistema adecuado de justicia constitucional en cuanto se restablezca un sistema democrático, ya que entre las facultades del citado Tribunal Constitucional se encuentran, según el artículo 106, párrafo 2, inciso b, de la Ley Suprema, la de conocer: "Sobre la constitucionalidad de una ley, de un decreto-ley o de una determinada disposición contenida en ellos cuando se hubieren dictado decisiones contrarias al respecto por el Consejo de Estado, el Tribunal Supremo o el Tribunal de Cuentas, a petición del Ministro de Justicia o de cualquier persona que tuviere interés reconocido en el ordenamiento jurídico vigente."

Según los párrafos 3 y 4 del mismo artículo 106 constitucional, todas las decisiones del citado Tribunal Constitucional son irrevocables y se publicarán en el Boletín Oficial por orden de su presidente, y a partir de la fecha de su publicación surtirán efecto de cosa juzgada frente a cualquier persona, y que cuando una disposición de una ley o de un decreto-ley fuere declarada anticonstitucional, quedará sin efecto a partir de la fecha de su promulgación o del momento fijado por la decisión.³⁴⁰

Debe considerarse, además, que la tutela indirecta de los derechos humanos consagrados por los artículos 8º a 29, de la misma Carta Fundamental, por cierto en forma muy amplia, también corresponde al Consejo de Estado y al Tribunal Supremo, este último organizado como Corte de Casación, y ambos organismos inspirados en el sistema francés que hemos mencionado con anterioridad.³⁴¹

³³⁸ Cfr. Lothar Schultz, *Die tschechoslowarische sozialistische Republik ein Föderativer Staat* (La República socialista de Checoslovaquia como Estado Federal), en "Osteuropa Recht" (Derecho de la Europa Oriental), Stuttgart, diciembre de 1969, pp. 317-332, esp. p. 328 y quien señala la influencia de Yugoslavia en este aspecto.

³³⁹ El citado artículo 100 establece: "La competencia y la organización del Tribunal Constitucional de la República Socialista Checoslovaca y la modalidad del procedimiento a seguir ante el mismo, se regularán por ley de la Asamblea Federal."

³⁴⁰ El texto español de la Constitución griega de 1968 puede consultarse en "Información Jurídica", Núms. 299 y 300, Madrid, octubre-diciembre de 1968 y enero-marzo de 1969, pp. 93-113 y 89-110, respectivamente, y en cuanto al Tribunal Constitucional, Núm. 300, pp. 96-100.

³⁴¹ Cfr. Themistokles Tsatsos, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Griechenland*, en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., t. 1, pp. 277-325, aun cuando se refiere a la situación establecida según la Constitución anterior de 1952.