

SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

por

JOSE KORZENIAK FUKS

INTRODUCCION

	Pág.
I. Proyección teórica y proyección habitual del tema	60
II. Algunos supuestos expositivos	62

Capítulo Primero DIFICULTADES PARA CLASIFICAR LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

I. Variedad de soluciones de Derecho Positivo	63
II. Un catálogo de problemas vinculados al control constitucional ..	64
1. Control "a priori" o control "a posteriori"	65
2. Organó facultado para ejercer el control constitucional de las leyes	66
3. Sistema "global" o sistema "especializado", en el control constitucional de las leyes	68
4. Carácter de los vicios de inconstitucionalidad controlables ..	68
5. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad	69
6. Quiénes pueden promover la cuestión de inconstitucionalidad	71
7. Vías procesales: "principal" o "incidental"	71
8. Naturaleza del acto que declara la inconstitucionalidad de una ley	72

diccionales, de actos del propio Poder Constituyente Permanente, (2) de los actos de particulares (v. g. un contrato con estipulaciones contrarias a la Constitución); y también de acontecimientos fácticos que la vulneren (por ej. un golpe de estado, una revolución, etc.).

Sin embargo, con lenguaje más especializado, la doctrina jurídica ha ido depurando el tema, desplazando varios de los aspectos señalados para analizarlos bajo otros "títulos" ajenos al del "control constitucional". Por un lado, se reconoce habitualmente que las violaciones constitucionales de carácter netamente fáctico (golpes, revoluciones) plantean problemas predominantemente socio-políticos, cuyo tratamiento no se resuelve en análisis, recursos o mecanismos de protección jurídica. (3) Por otro lado, existe una marcada tendencia en la terminología doctrinaria, a reducir el alcance del tema "control constitucional", a la verificación de la corrección jurídica de la actividad del Legislador ordinario; en expresión más concreta: es generalizado casi identificar el problema del control constitucional, con la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes. Hay razones comprensibles para esta costumbre doctrinaria. Salvo casos excepcionales, la actividad administrativa y la jurisdiccional, se desarrollan "directamente bajo ley" y "a segundo grado" bajo Constitución; lo cual es consecuencia natural de que las normas constitucionales han sido, en general, reglamentadas por leyes ordinarias. El control de la actividad del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, entonces, puede hacerse en la gran mayoría de los casos verificando si sus actos se han apegado a la ley. La actividad del Legislador es, precisamente, la que está "más cerca" de la del Constituyente, y por lo tanto, en teoría, la que puede provocar mayor necesidad de "especializar" la temática del control constitucional. Por otra parte, el control de la actividad administrativa, en el derecho moderno, suele estudiarse bajo el rubro temático de "lo contencioso-administrativo" (cuando dicho control es provocado por iniciativa de un particular agraviado) o de lo "contencioso inter-administrativo" ("cuando la actividad administrativa genera contiendas entre diversos órganos de la Administración).

(2) Para quienes sostienen que este Poder Revisor no tiene competencia para modificar ciertos puntos fundamentales de la Constitución (los llamados "dogmas constitucionales") una reforma que los vulnerase sería inconstitucional. Pero aún sin compartir esta doctrina, teóricamente podría plantearse el mismo tema de una "reforma constitucional inconstitucional", si en el proceso de esa reforma se hubiere incurrido en vicios formales.

(3) El carácter esencialmente socio-político de la cuestión no excluye que, a veces, las Constituciones incursionen en el tema. Así ocurre, por ej. en el art. 136 de la mexicana: "Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aún cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un Gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el Gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta".

El control de la actividad de los actos jurisdiccionales, por su lado, se estudia más bien en el derecho procesal común; la legalidad de las sentencias, es analizada dentro de la dinámica interna del Poder Judicial, en las diversas etapas e instancias de los procesos. *En México, sin embargo, la doctrina maneja habitualmente la temática del "control constitucional" en un sentido más amplio que el tan especializado del control de la constitucionalidad de las leyes,* (4) si se quiere, con un alcance más arreglado a toda la proyección teórica de la cuestión. Ello es lógico, por la amplitud controladora que, progresivamente, se ha ido insertando en la tan típica institución del Amparo, que abarca el control de "actos de autoridad" (sean legislativos, administrativos o jurisdiccionales), a lo que se añade una cierta indiferenciación terminológica entre acto "contrario a la ley" y acto "contrario a la Constitución". En efecto, en la terminología de la doctrina mexicana más habitual, en ambas hipótesis se estimará que hay "violación constitucional", en mérito a que el principio de legalidad —que incluye el apego a la ley— está consagrado en la Constitución (especialmente en sus arts. 14 y 16, cuya cita, en la promoción de los amparos, es prácticamente constante).

II. ALGUNOS SUPUESTOS EXPOSITIVOS.

La extensión limitada que debe tener esta exposición —determinada por las pautas de organización de esta Revista— nos inclina a optar por la terminología que limita razonablemente el tema del control constitucional preferentemente frente a posibles violaciones provenientes del Legislador ordinario. Aun así, la exposición resultará necesariamente panorámica, puesto que se trata de estudiar los "sistemas" de ese control, lo que conlleva necesarias y reiteradas incursiones por el Derecho Comparado, así como un esfuerzo de clasificación de los diversos regímenes.

En el capítulo I, explicamos las múltiples dificultades que presenta la búsqueda de una categorización realmente sistemática de esos variados modelos jurídicos de control constitucional. Para ordenar con lógicas dificultades y explicar sus posibles soluciones, expondremos una suerte de "catálogo" de problemas planteados en torno a la oposición Constitución-Ley, describiendo luego las más habituales clasificaciones que la doctrina maneja de los sistemas de solución de ese conflicto normativo.

En el Capítulo II, proponemos nuestro criterio sistematizador, en un intento por detectar las claves teóricas para la exposición ordenada de un tema que, a pesar de la abundante y erudita doctrina que lo ha tratado, sigue presentando flancos de confusión.

(4) Así por ej. TENA RAMIREZ, Felipe, presenta el tema de la "defensa de la Constitución", frente a la inconstitucionalidad de actos "de cada uno de los poderes, ya sean federales o locales" ("*Derecho Constitucional Mexicano*", México 17^ª ed., Porrúa, S.A. págs. 530 y ss.).

Conviene señálo como gico-histórico, de la ley, surge a pación rígida, el q modificación, dist precisamente, la nal". (5)

Finalmente, e nismos especializa excluimos —por t pulares que podri materia legal; o l tual de los órgan

DIFICULTADES DE CON

I. VARIEDAD

Aun despejar o menos lejanos, riedad casi inexp sible afirmar que exactamente de i Constitución. Un prolijamente el r de soluciones, con ción lógica. Uno superar esta dific constitucional en cierta manera, ha este criterio, las francés, norteam

El primero e mitir el control c

(5) No obstante, aunque se trata de

(6) Por lo gen razones didácticas— nalidad del autor. C análisis del constituc cho Comparado acos socialista.

Conviene señalar que este trabajo transcurre sobre el supuesto lógico-histórico, de que el problema del control de la constitucionalidad de la ley, surge a partir del momento en que se afirma el tipo de *Constitución rígida*, el que se caracteriza por requerir un procedimiento para su modificación, distinto al de elaboración de las leyes; de lo que se deriva, precisamente, la mayor jerarquía jurídica o "supremacía constitucional". (5)

Finalmente, aclaramos que la exposición se centrará en los mecanismos especializados de control constitucional de las leyes; con lo cual excluimos —por trascender el alcance de este trabajo— los controles populares que podrían estudiarse en dispositivos como el "referendum" en materia legal; o los que están íncitos en el funcionamiento político habitual de los órganos estatales.

CAPÍTULO PRIMERO

DIFICULTADES PARA CLASIFICAR LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

I. VARIEDAD DE SOLUCIONES DE DERECHO POSITIVO.

Aun despejando el tema del análisis de antecedentes históricos más o menos lejanos, el Derecho Comparado moderno nos presenta una variedad casi inexplorable de "régimenes positivos". Creemos que es posible afirmar que no hay dos países en el mundo actual, que solucionen exactamente de igual manera el conflicto de la ley que colide con la Constitución. Un estudio de Derecho Comparado, que pretendiere cubrir prolijamente el régimen de cada país, terminaría en un abultado fichero de soluciones, con bastante utilidad informativa, pero con escasa proyección lógica. Uno de los caminos más transitados por la doctrina para superar esta dificultad, ha consistido en agrupar los sistemas de control constitucional *en función de los "modelos"* de algunos países, que, en cierta manera, han liderado o creado un tipo de solución específica. Con este criterio, las clasificaciones más habituales refieren a los sistemas *francés, norteamericano y austríaco*. (6)

El primero es señalado fundamentalmente por su resistencia a admitir el control constitucional de la ley una vez que ésta ha entrado en

(5) No obstante, habrá referencias al "*modelo inglés de control constitucional*", aunque se trata de un país de constitución flexible.

(6) Por lo general, los manuales, tratados o monografías añaden —por obvias razones didácticas— el análisis del "*sistema*" correspondiente al país de la nacionalidad del autor. Como las sistematizaciones descritas se fueron elaborando en el análisis del constitucionalismo de base liberal, los trabajos más modernos de Derecho Comparado acostumbra añadir también la referencia a los modelos del área socialista.

vigor, acogiendo en cambio la posibilidad de que se la controle antes de su promulgación (control "de proyecto de ley" o "control a priori"); el modelo norteamericano es caracterizado, esencialmente, por la facultad general de los jueces, de desaplicar la ley, si es contraria a la Constitución; sistema al que suele llamarse "difuso", para enfatizar que el control no está reservado exclusivamente a un sólo órgano (judicial o no); y el sistema austríaco es descripto, básicamente, por la existencia de un órgano especial —ubicado fuera del Poder Judicial y de los otros poderes— con facultades para declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales, similares a la derogación de la misma. En el párrafo I del capítulo II analizamos con cierto detalle las características de cada uno de estos modelos jurídicos; —conviene adelantar, sin embargo, que si bien constituyen una base muy útil para clasificar los sistemas de control constitucional desde el punto de vista empírico —descriptivo, no han permitido con enfoque lógico más o menos exigente— ordenar la múltiple variedad de soluciones positivas. Los esfuerzos por ubicar el régimen constitucional de un país en alguno de los referidos "sistemas de control constitucional", resultan por lo general infructuosos. Ello es así, aún en los casos en que los Constituyentes o Legisladores han intentado trasladar casi textualmente la solución de algunos de esos modelos. Es bien sabido que el significado real de una institución jurídica puede variar sustancialmente, cuando se le traslada a otro contexto jurídico-político; por ejemplo, el modelo norteamericano de control constitucional trasladado "textualmente" a un país latinoamericano, puede variar de modo sustancial en sus efectos, en virtud de que —entre otras cosas— en el primer caso dicho control opera en el contexto de un sistema de "common law" y, en la hipótesis de los países latinoamericanos, dentro de la vertiente jurídica "romano-germánica". (7)

II. UN "CATALOGO" DE PROBLEMAS VINCULADOS AL CONTROL CONSTITUCIONAL.

Las peripecias de lógica para lograr una clasificación aceptable de los sistemas de control constitucional, no responden necesariamente a desprolijidad de la doctrina. Son el resultado de la *multiplicidad de problemas que el tema plantea, y de la variedad de soluciones que cada uno de ellos puede admitir*. Nos parece entonces de lo más adecuado relacio-

(7) La evolución jurídica va determinando que cada país intente crear su "propio sistema"; sea en base a "nuevas" soluciones o importando de manera combinada, soluciones de diversos modelos. Un ejemplo muy ilustrativo lo ofreció la Constitución de Guatemala de 15 de setiembre de 1965, consagra el "habeas corpus", de antigua prosapia inglesa, y también el amparo, de inspiración mexicana (arts. 79 a 84); admite el planteo de inconstitucionalidades de la ley ante los tribunales de justicia en general, como ocurre en el modelo norteamericano (art. 246); pero recoge en gran medida la solución del "sistema austríaco" al instituir una Corte de Constitucionalidad, que puede declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos derogatorios de ésta (Arts. 262 a 266).

nar una "litivas, con el frecuentado sagrado o i

1. Con

Se discute ante instituir me miento y v. lución se ha pertinaz ex párrafo I de

Quienes un acto legi talmente en zonamiento lador— que ésta inconsturales del to, la Const ce un Constionalidad d teradamente tucional de —eventual, sobrevenga-

La otra nos— se fur la ley, princ esta perspe contradice c informa tan otros aspect yoría de los cesario expl cional de le cionamiento de una ley, ejecutivos) nes de cons

(8) Man nezucla, Costa

(9) El a Capítulo Segu

nar una "lista" de esos problemas, describiendo sus soluciones alternativas, con el razonable límite de referirnos solamente a los problemas más frecuentados por la doctrina y a aquellas soluciones que se hayan consagrado o intentado consagrar en el derecho positivo de algún país.

1. Control "a priori" o control "a posteriori".

Se discute si el control de la constitucionalidad de la ley debe verificarse antes de que ésta se haya perfeccionado o si es posible también instituir mecanismos para desaplicarla aún después de su perfeccionamiento y vigencia. El Derecho Comparado muestra que la segunda solución se ha impuesto en casi todo el mundo, siendo la más destacada y pertinaz excepción la del sistema francés, que se describe infra, en el párrafo I del Capítulo II.

Quienes se muestran renuentes a la posibilidad de que se desaplique un acto legislativo después de su entrada en vigor, se basan fundamentalmente en la invocación del principio de *separación de poderes*. El razonamiento es sencillo: cualquier órgano —que no sea el propio Legislador— que disponga la inaplicabilidad de una ley vigente (aún siendo ésta inconstitucional) estaría invadiendo la esfera de competencias naturales del Poder Legislativo. (o aún del Poder Constituyente). Por esto, la Constitución francesa de 1958 —básicamente la vigente—, establece un *Consejo Constitucional* con facultades para examinar la constitucionalidad de "las leyes", pero antes de que sean promulgadas; como reiteradamente ha señalado la doctrina, no es, en rigor, un control constitucional de la ley, sino de *proyecto de ley*; o, si se quiere, una etapa más —eventual, porque requiere un planteo expreso para que este control sobrevenga— en el proceso de su elaboración. (8)

La otra alternativa —impuesta en casi todos los sistemas modernos— se funda esencialmente en la supremacía de la Constitución sobre la ley, principio íncito en el propio concepto de Constitución rígida. Bajo esta perspectiva, aparece obvio que una ley pueda desaplicarse, si se contradice con una norma jerárquicamente superior. Este razonamiento informa tanto al "modelo norteamericano" como al "austríaco", (que en otros aspectos, se separan) y también —como hemos referido— a la mayoría de los ordenamientos positivos modernos. (9) Casi resulta innecesario explicar, que esta perspectiva —posibilidad del control constitucional de leyes ya vigentes— no excluye el control previo a su perfeccionamiento. Es evidente que durante todo el proceso de elaboración de una ley, nada impide que los órganos intervinientes (legislativos y ejecutivos) añadan a sus consideraciones de oportunidad, consideraciones de constitucionalidad.

(8) Mantienen el sistema de control "a priori" en Latinoamérica. Colombia, Venezuela, Costa Rica y Panamá.

(9) El análisis más detallado de estos sistemas y soluciones, se formula en el Capítulo Segundo.

2. Órgano facultado para ejercer el control constitucional de las leyes.

Las diversas respuestas positivas a este problema, han servido de punto de partida a numerosos autores, para intentar una clasificación de los sistemas de control constitucional. (10)

Se distinguen habitualmente las siguientes soluciones: a) la que confiere la facultad del control constitucional a un *órgano político*; b) la que entrega tal competencia a *órganos del Poder Judicial*; c) la que supone, para tales efectos, la actuación de un *órgano especial*, que no integra ninguno de los tres Poderes del Gobierno.

En la primera solución (*órgano político*) suelen ubicarse numerosos ejemplos históricos, no vigentes, (11) y también el régimen actual de Francia, que confía el control constitucional de las leyes a un Consejo Constitucional, compuesto por los ex-Presidentes de la República más nueve miembros escogidos por terna por cada uno de los tres Poderes (Constitución de 1958, arts. 56 y 61). En este sistema (*órgano político* aunque no especial como el francés) se ubica también el de la Constitución de la URSS de 1977, que encomienda el control al Soviet Supremo —equivalente del Poder Legislativo occidental— y a su Presidium.

El segundo sistema (Control Constitucional a cargo de un órgano del Poder Judicial) admite a su vez dos modalidades: una, por la cual solamente el *órgano máximo del Poder Judicial* tiene esta competencia de manera exclusiva (Sistema "Concentrado"); y otra, en la cual cualquier juez, en principio, tiene facultades para desaplicar las leyes inconstitucionales (sistema "difuso"). Un ejemplo de la primera modalidad, se encuentra en la Constitución Uruguaya de 1967, cuyo art. 257 establece que "a la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva" en esta materia. La segunda modalidad es señalada como típica de los Estados Unidos de Norteamérica.

(10) Véase, por ej.: VESCOBI, Enrique, "El proceso de inconstitucionalidad de la ley", Montevideo 1967, págs. 58 y ss.; TENA RAMIREZ, Felipe, *ob. cit.*, pág. 486 y ss.; DUVERGER, Maurice, "Instituciones políticas y Derecho Constitucional", ed. Ariel, Madrid 1967, págs. 230 y ss.; en cierto modo KELSEN, Hans, "Teoría General del Estado", ed. Nacional, México 1965, págs. 332 y ss.; CAPPELLETTI, Mauro, "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado", en Rev. de la Fac. de la Fac. de Derecho de la UNAM, T. XVI, págs. 70 y ss.; FIX ZAMUDIO, Héctor, "Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional", UNAM, México 1968, págs. 149/150 y "Breves reflexiones sobre la tutela de los derechos humanos en el ámbito interno" en Revista Mexicana de Política Exterior, México 1984, N° 2 enero-junio 1984; VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "El control de la Constitucionalidad de la ley", Porrúa, S.A., México 1978, págs. 16 y ss.

(11) El Presidente, Jefe de Estado, en la Constitución Alemana de Weimar de 1919 (art. 48); el "Senado Conservador" de la Constitución Francesa del año VII (art. 21); el "Supremo Poder Conservador" de las leyes Constituciones de 1836 de México; etc.

ca. (12) En cuanto no sólo a los sistemas federales de Amparo (Como ejemplos véase Honduras, Nicaragua) que establecieron. Sin embargo, admiten además de las leyes a en la ejemplificación o a cargo de la zuela. (14)

El tercer sistema de un órgano de la Constitución es el de Hans KELSEN, que declara la Esta solución (Tribunal Federal de 19 de 1978 (arts. Constitución de regulado en su grado también de las Constituciones de Yugoslavia de 19

En Latinoamérica de Guatemala y Perú que entró

La discusión de el punto de turaleza del a En favor del s coloca a quien

(12) En el

(13) Véase,

(14) Art. 2 de la Constitución de 23 de Enero

(15) La "Constitución" de integración de doce y siete designaciones y de lo (nacionales pueden ser el Colegio de Abogados con la asistencia Ley tiene efectos

ca. (12) En cierta medida, el sistema mexicano es también "difuso", por cuanto no sólo la Suprema Corte de Justicia, sino en general los tribunales federales, pueden entender en el control constitucional por vía del Amparo (Constitución, Art. 103). En este sentido, podrían agregarse como ejemplos los sistemas de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú, Paraguay, Panamá, Venezuela y El Salvador, que establecieron el amparo con características similares al de México. Sin embargo, a diferencia del sistema mexicano, varios de estos países, admiten además, un dispositivo de declaración de inconstitucionalidad de las leyes a cargo de un órgano especial (por lo que también ingresan en la ejemplificación del sistema al que inmediatamente aludiremos; (13) o a cargo de la Suprema Corte de Justicia, como en el caso de Venezuela. (14)

El tercero de los sistemas (control constitucional de las leyes a cargo de un *órgano especial*), tiene como punto de partida el modelo de la Constitución Austriaca de 1920, —redactada en sus bases técnicas por Hans KELSEN— que creó una Corte Constitucional con la competencia de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, con efectos *erga omnes*. * Esta solución es la más generalizada actualmente en Europa occidental (Tribunal Federal Constitucional de la Ley Fundamental de Alemania Federal de 1949; Tribunal Constitucional de la Constitución de España de 1978 (arts. 159 y ss.); Corte Constitucional de Italia prevista en su Constitución de 1948 (art. 134); Tribunal Constitucional de Portugal, regulado en su Constitución de 1982 (art. 284). El modelo ha sido consagrado también en algunas Constituciones de países socialistas (Tribunales Constitucionales de la Constitución de Polonia de 1982; de la de Yugoslavia de 1974, de Checoslovaquia de 1982).

En Latinoamérica, este sistema fue adoptado en la citada Constitución de Guatemala de 1965 (art. 262 y ss.) (15) y en la Constitución de Perú que entró en vigor en 1980.

La discusión en torno a cual de los sistemas es el más correcto —desde el punto de vista técnico— ha girado esencialmente en torno a la naturaleza del acto por el cual se desaplica una ley por inconstitucional. En favor del sistema del "órgano político", se ha afirmado que ese acto coloca a quien lo emite "por encima de la ley", lo cual es incompatible

(12) En el Capítulo Segundo, se analiza esta afirmación con mayor detalle.

(13) Véase, por ejemplo, el caso de Guatemala citado en la nota 7.

(14) Art. 215 párrafos, 3º y 4º de la Constitución publicada en la Gaceta Oficial de 23 de Enero de 1961.

(15) La "Corte de Constitucionalidad" de Guatemala está prevista con una integración de doce miembros; cinco son magistrados de la Suprema Corte de Justicia y siete designados por ésta, por sorteo, entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo. Los recursos contra leyes inconstitucionales pueden ser presentados por el Poder Ejecutivo, por el Consejo de Estado, por el Colegio de Abogados y por cualquier persona afectada; pero en este último caso, con la asistencia de diez abogados. La declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos derogatorios de ésta.

con la actividad del juez, que debe desarrollarse "bajo ley"; en apoyo del sistema del "órgano judicial", se afirma que la verificación jurídica de si una norma (la Ley) se ajusta a otra (la Constitución) es una labor estrictamente jurisdiccional y técnica. La variante "austríaca" (órgano jurisdiccional pero especial, no ordinario) ha surgido de la aceptación de que el control constitucional, aunque participa de algunos caracteres de la función jurisdiccional, es una actividad cuasi legislativa.

3. Sistema "global" o sistema "especializado", en el control constitucional de las leyes.

Esta alternativa se vincula a la primera aclaración formulada en la Introducción de este trabajo. En algunos países, un mismo instituto o mecanismo comprende la defensa de la Constitución frente a la ley, frente a los actos administrativos y frente a actos jurisdiccionales. Es el caso del *amparo mexicano* (Constitución, art. 103, 107 y concordantes). En otros —la gran mayoría en el derecho moderno— la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley, se ha "especializado", generando dispositivos especiales para su resolución.

4. Carácter de los vicios de inconstitucionalidad controlables.

Una ley puede oponerse a la Constitución por no haberse elaborado por el procedimiento correcto (inconstitucionalidad *formal*), o por contener soluciones contrarias a las constitucionales (inconstitucionalidad *materia*). La mayoría de los sistemas aceptan —expresamente (16) o porque no otorgan trascendencia a la distinción— que en ambos casos cabe la declaración de inconstitucionalidad. Si embargo, se citan regímenes —como el de Argentina— donde la Corte Suprema se ha negado a declarar la inconstitucionalidad de una ley por vicios de forma, argumentando que, en esos casos, se debaten sustancialmente "cuestiones políticas". (17)

Parte de la doctrina ha sostenido que no corresponde hacer el distinguo entre inconstitucionalidad formal y de contenido. Curiosamente han coincidido en esta tesis, argumentaciones opuestas. Así, Kelsen considera que "todas las inconstitucionalidades son de forma", ya que si la ley viciada se hubiese elaborado por el procedimiento de reforma constitucional, no sería una ley inconstitucional, sino una enmienda válida a la Constitución; (18) mientras que otras doctrinas postulan que "todas las inconstitucionalidades son de contenido", puesto que si la ley no cumplió con todos los requisitos en el proceso de su elaboración, se violen-

(16) La Constitución de Uruguay de 1967, en su art. 256, establece que "las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido".

(17) Véase VESCOBI, Enrique, *ob. cit.*, págs. 118.

(18) KELSEN, Hans, *ob. cit.* pág. 333.

tó el contenido
dimiento de el
Nos parec
de forma y de
constitucionali
es el carácter
la posibilidad
efectos variad
rial. (20)

5. Efecto

A este pr
otorga efectos
que promovió
los regímenes
(art. 259 de l
sistema nort
lan en el Capi
ración de inc
aproximadame
tema seguido
y latinoameri
o Cortes espe
yes. Por lo ge
blecen que la
municarse al
inter-orgánica
cuenta en la
munica la sen
der Legislativ
mino de un se
cir efectos. El
vierte en el c
de 1937, en la
era inconstitu
razones de in
del Poder Le
cada, la senta

(19) Posici
86 de 1961, refe

(20) V. g.
mayoría menor
declaración de
contenido. rara
a nuestro juicio
fracción a Reg

tó el contenido de los artículos de la Constitución que regulan el procedimiento de elaboración de las leyes. (19)

Nos parece que la distinción entre inconstitucionalidad por razones de forma y de contenido es real y útil. Es exacto que en todo caso de inconstitucionalidad es "el contenido de la Constitución" el afectado; pero es el carácter del vicio en la ley, el que debe motivar el distingo, con la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad proyecte efectos variados según que el vicio haya sido de procedimiento o material. (20)

5. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

A este propósito pueden señalarse dos sistemas opuestos; a) el que otorga efectos concretos, que solo aprovechan al caso y a la persona que promovió la inconstitucionalidad. En este modelo pueden ubicarse los regímenes de México (art. 107 fracc. II de la Constitución); Uruguay (art. 259 de la Constitución de 1967). También suele ubicarse aquí al sistema norteamericano, aunque ello requiere precisiones que se señalan en el Capítulo II; y b) el que concede efectos erga omnes a la declaración de inconstitucionalidad lo cual, en términos prácticos, equivale aproximadamente a la derogación de la ley inconstitucional. Es el sistema seguido por el modelo austríaco, y por las constituciones europeas y latinoamericanas citadas supra (Nº 2) que han establecido Tribunales o Cortes especiales para entender en el control constitucional de las leyes. Por lo general, las constituciones que consagran este sistema, establecen que la sentencia de inconstitucionalidad debe publicarse, y comunicarse al Poder Legislativo en aplicación de la lógica coordinación inter-orgánica. Una variante de interés, dentro de esta tendencia, se encuentra en la Constitución de Yugoslavia: el Tribunal Constitucional comunica la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley al Poder Legislativo; y si éste no adecua la ley a la Constitución en el término de un semestre, el Tribunal declara que la ley ha dejado de producir efectos. El predominio de la opinión técnica sobre la política, se invierte en el curioso ejemplo —no vigente— de la Constitución de Brasil de 1937, en la cual si el Supremo Tribunal Federal declaraba que una ley era inconstitucional, el Presidente de la República podría —invocando razones de interés general— someter la ley nuevamente a consideración del Poder Legislativo; y si "confirmaba" la ley por una mayoría calificada, la sentencia del Tribunal quedaba sin efecto.

(19) Posición de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en sentencia Nº 86 de 1961, referida por VESCOBI; ob. cit. pág. 117.

(20) V. g. nos parece lógico que una ley aprobada por las Cámaras por una mayoría menor a la exigida constitucionalmente, se desaplique "un totum" en una declaración de inconstitucionalidad; en cambio, la inconstitucionalidad por razón de contenido, rara vez afectará a toda la ley. Para que haya inconstitucionalidad formal, a nuestro juicio, la violación constitucional debe ser directa; no basta con la infracción a Reglamentos Parlamentarios.

El sistema actual de Alemania Federal (Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949), presenta también algunas interesantes peculiaridades. (21) Existe una Corte Constitucional Federal (22) (compuesta de dos salas de ocho jueces cada una) que además de la competencia para declarar la *inconstitucionalidad de las leyes*, resuelve conflictos jurídicos *inter-orgánicos* (entre los Poderes, entre las Cámaras de Parlamento, entre el Jefe de Estado —Presidente— y el Jefe de Gobierno —Canciller—, entre la Federación y las entidades federales, entre éstas últimas, etc.); y hasta algunos conflictos *intra-orgánicos* (v. g. entre la mayoría y la minoría de la Cámara Baja).

El planteo de inconstitucionalidad de una ley puede ser promovido por los órganos federales, por mayorías o minorías de la Cámara Baja, por Partidos o sectores Políticos, por cualquier Juez que tenga ante sí una ley que no desea aplicar por considerarla inconstitucional y por cualquier ciudadano que se considere afectado en sus derechos.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley son generales; equivalen a la derogación de ésta y, aún más, se retrotraen a la fecha de la ley, que se declara entonces "nula desde el principio" (efectos *ex-tunc*).

La Corte Constitucional alemana ha ejercido estos enormes poderes con prudencia y a veces, (sin base positiva precisa) se ha "autolimitado" para no convertirse en un "super-órgano" del Estado. Así más de una vez ha resuelto que, aunque una ley era estrictamente contraria a la Constitución, no correspondía declararla nula porque ello causaría mayores daños, sino que era pertinente otorgar un plazo prudencial al Legislador, para que adecuara la ley a la Constitución. También ha dejado de otorgar efectos *ex-tunc* a la declaración de inconstitucionalidad, cuando ellos pudiesen provocar situaciones altamente perjudiciales. Y hasta ha llegado a dictar una "regulación sustitutiva" de la ley inconstitucional, provisoriamente, hasta que el legislador apruebe una nueva ley ajustada al texto de la Constitución. Pero todo esto no ha sido "para ganarle de mano al Legislador, sino precisamente para lo contrario, para salvaguardarle la necesaria libertad de movimiento requerida para una regulación definitiva. (23)

La flexibilidad con que se maneja la Corte Constitucional Alemana —que puede llamar la atención en un régimen de derecho escrito como es el de ese país —descansa en buena medida en el alto prestigio de que goza en la opinión pública. Incide para ello— además de la jerarquía:

(21) Para una descripción más detallada de este sistema, véase OTTO BACHOF, "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional" en Boletín de la Escuela de Derecho de la Universidad de Guanajuato N° 10, abril-junio de 1983. Versión castellana de León Cortiñas-Pelaez, pág. 46 y ss.

(22) En las entidades federadas, existen además Cortes Constitucionales locales que resuelven sobre las contradicciones entre las leyes y las Constituciones de dichas entidades.

(23) OTTO BACHOF, *ob. cit.* pág. 60.

técnica frecuente su composición

6. Quien

Este punto que trataremos de soluciones delo: a) Promoción a cargo de autoridades: una para legitimar basta que el jificado por c por ejemplo l tercera. de "a la cuestión de ción activa, q que el interés modalidad. Es ni aún en sis efectos erga c que consagró titución de Ve

c) Promu asunto, en el lo tanto, estin sistema alemá 258). Obviamu "concentrado" los sistemas " cuestión de i —porque no ción del proce órgano compe

7. Vías

La vía "ir tiene lugar cu diente. El int

(24) Los n Cámaras del Po necesario que la ta) se pongan c calificada.

técnica frecuente en su integrantes— un cuidadoso equilibrio político en su composición. (24)

6. *Quienes pueden promover la cuestión de inconstitucionalidad.*

Este punto reconoce variadas soluciones en los sistemas positivos, que trataremos de sistematizar; la enumeración no significa que se trate de soluciones incompatibles, sino que pueden coexistir en un mismo modelo: a) Promoción a cargo de órganos políticos del Estado; b) Promoción a cargo de particulares. En este caso, pueden distinguirse tres modalidades: *una*, en la que se exige la *violación de un derecho* subjetivo para legitimar al promotor (caso del amparo mexicano); y *otra*, en la que basta que el particular se vea *afectado en su interés*, generalmente calificado por ciertas notas (interés “directo, personal y legítimo”, dice por ejemplo la Constitución de Uruguay de 1967 en su art. 258); y la *tercera*, de “acción popular”, en que cualquier persona puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sin que se exija, para su legitimación activa, que invoque su derecho o interés lesionados. Se considera que el *interés genérico* de la defensa de la Constitución, justifica esta modalidad. Esta “acción popular” no es frecuente en Derecho Comparado, ni aún en sistemas que otorgan a la sentencia de inconstitucionalidad efectos *erga omnes*. Un ejemplo, muy mencionado en América Latina, que consagró la acción popular de inconstitucionalidad, está en la Constitución de Venezuela de 1961 (art. 215).

c) Promoción “de oficio”, por un juez que está conociendo de un asunto, en el cual incide una ley que él considera inconstitucional y, por lo tanto, estima que no debe aplicar. Es una posibilidad prevista en el sistema alemán (*supra*, Nº 5) y también en el de Uruguay (Const. art. 258). Obviamente, esta hipótesis es concebible en los países de sistema “concentrado”, donde un sólo órgano tiene el control constitucional. En los sistemas “difusos”, los jueces no “promueven” sino que *resuelven* la cuestión de inconstitucionalidad de la ley. Cuando sólo la promueven —porque no son competentes para resolverla— suspenden la prosecución del procedimiento respectivo, a la espera del pronunciamiento del órgano competente en el control constitucional.

7. *Vías procesales: “principal” o “incidental”.*

La vía “incidental” para plantear la inconstitucionalidad de una ley, tiene lugar cuando ella se pretende aplicar en un procedimiento pendiente. El interesado afectado, plantea entonces en ese procedimiento,

(24) Los miembros de la Corte Constitucional deben ser designados por las Cámaras del Poder Legislativo, por mayoría de dos tercios de votos. Para ello es necesario que las dos grandes tendencias políticas (democrristiana y socialdemócrata) se pongan de acuerdo, ya que ninguna podría, por sí sola, lograr esa mayoría calificada.

una defensa de inconstitucionalidad para que ese juez (si es competente) o el órgano respectivo con facultades, resuelva sobre la constitucionalidad del acto legislativo. Se explica porqué suele llamarse a esta modalidad, la "vía de excepción", o "vía indirecta".

La vía "principal" o "de acción", (o vía "directa") (25) enfrenta al interesado con la ley que le afecta, sin que exista un procedimiento pendiente en el cual se pretenda la aplicación de dicha ley. De ahí que esta fórmula procesal sea denominada, también, "vía de acción". En el terreno lógico, la vía de acción parece más compatible con los sistemas que admiten la "acción popular" de inconstitucionalidad; o por lo menos, que no exigen que el promotor de la acción acredite que se le ha violado un derecho subjetivo, dado que la habitual generalidad de las leyes, hace ciertamente difícil que tal violación personal se haya producido, antes de que existan actos concretos (administrativos o jurisdiccionales) que intenten aplicarlas. Sin embargo, la "vía de acción" contra la ley existe por ejemplo en el Amparo mexicano, (a pesar de que se exige al promotor que se haya agraviado su derecho). Para superar esta dificultad, el orden jurídico de México maneja la hipótesis de las "leyes autoaplicativas", cuyo alcance ofrece campo para numerosas vacilaciones.

También indicaría la lógica jurídica, que la "vía de acción" debiera pertenecer a los sistemas que otorgan efectos *erga omnes* a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, puesto que los efectos "concretos" se limitan al "caso pendiente", y, en la hipótesis de la vía principal o de acción, justamente no existe tal "caso pendiente". Sin embargo, existen ordenamientos que limitan los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad al caso concreto en que se dicta y, no obstante, admiten la vía de acción. Así ocurre por ejemplo, en Uruguay (arts. 256 a 259 de la Constitución de 1967), donde la coexistencia ilógica de ambas modalidades, ha dado lugar a complicadas elaboraciones. (26)

La mayoría de los sistemas admiten, al mismo tiempo, la vía de excepción y la vía de acción. (27)

8. Naturaleza del acto que declara la inconstitucionalidad de una ley.

Se discute si el acto que declara la inconstitucionalidad de una ley es de naturaleza *jurisdiccional*, *legislativa*, *política*, o de *naturaleza mixta*. Estas cuatro posiciones doctrinarias, se desglosan todavía en numerosas variantes que corresponden a matices, a veces sutilmente diferen-

(25) En la terminología del sistema mexicano del amparo, los calificativos de "indirecto" y "directo" tienen una significación distinta; se refieren, respectivamente, al Amparo en dos o en única instancia.

(26) Véase VESCOBI, Enrique, ob. cit. págs. 94/95.

(27) El sistema italiano de la Constitución de 1948, sin embargo, no acepta la "vía de acción" planteada por los particulares; ellos deben tener pendiente un proceso y plantear la excepción de inconstitucionalidad por vía incidental. No obstante, la sentencia que la declare tiene efectos *erga omnes*.

b) Las explicaciones de los efectos de la sentencia norteamericana

Quienes centran parte de la tesis de que es un acto típico de los Estados Unidos, tal como el "caso" (39) En cambio, el "common law" de las sentencias como "stare decisis"—es en el sistema norteamericano y hasta se ha afirmado la ley. (40)

A nuestro juicio, el aspecto es la siguiente:

primero: la declaración de la sentencia, por lo tanto

segundo: como en el caso y además, con respecto a que se planteen en la acción jurídica; siempre que sea declarada por un tribunal (federal);

tercero: cuando la sentencia es dictada por la Corte Suprema o por los tribunales indicados—que quedan intactos en que se convalida la Corte Suprema que declara la "inconstitucionalidad".

cuarto: la declaración de la sentencia equivale a su derogación en el "caso concreto" en los casos posteriores;

esta competencia a los tribunales—adhiriendo a la tesis de que el sistema norteamericano es de naturaleza mixta en alza ante la Justicia ordinaria; podría generar una acción de amparo.

(39) En este sentido,

(40) Es en parte,

"...no es cierto que se trate de golpes redoblados de la inconstitucionalidad y los Derechos Humanos".

b) Las explicaciones se hacen más confusas, cuando se aborda el tema de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el sistema norteamericano.

Quienes centran su atención en que el sistema es "difuso", y que parte de la tesis de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley es un acto típicamente jurisdiccional, no vacilan en explicar que, en Estados Unidos, tal declaración tiene efectos sólo para "el caso concreto". (39) En cambio, los autores que observan principalmente el principio del "*common law*", de la jurisprudencia obligatoria —es decir de las sentencias como fuente de derecho, aún para casos futuros (regla de "*stare decisis*")— encuentran que la declaración de inconstitucionalidad en el sistema norteamericano, trasciende en sus efectos al caso concreto; y hasta se ha afirmado que equivale a una especie de derogación de la ley. (40)

A nuestro juicio la verdadera caracterización del sistema, en este aspecto es la siguiente:

primero: la declaración de inconstitucionalidad se hace en una sentencia, por lo tanto:

segundo: como todas las sentencias en Estados Unidos, obliga en el caso y además, constituye un precedente obligatorio para casos futuros que se planteen en tribunales inferiores en que se debata la misma cuestión jurídica; siempre que se trate de una sentencia que haya sido dictada por un tribunal "de última instancia" (sea en el ámbito local o federal);

tercero: cuando la sentencia de inconstitucionalidad de una ley es dictada por la Corte Suprema federal, todos los tribunales —por lo antes indicado— quedan obligados por ese precedente judicial en casos futuros en que se controvierta la misma cuestión jurídica; salvo la misma Corte Suprema que podría variar su anterior interpretación ("*overruling*").

cuarto: la declaración de inconstitucionalidad de una ley, pues, no equivale a su derogación; pero por otro lado, la sentencia trasciende al "caso concreto" en que se dicta, puesto que obliga a otros jueces en casos posteriores;

esa competencia a los Jueces de los Estados. TENA RAMIREZ, Felipe, ha sostenido —adhiriendo a la tesis de la Corte— que la solución del art. 133 tiene su lógica en el sistema norteamericano —donde las decisiones de los jueces locales se controlan en alzada ante la Justicia Federal— pero no en México, donde no opera esa posibilidad ordinariamente; por lo que opina que la interpretación letrista del art. 133 podría generar una anarquía de criterios judiciales (ob. cit. págs. 538 a 544).

(39) En este sentido, VESCOBI, Enrique, ob. cit. pág. 63.

(40) Es en parte, la opinión de CARRILLO FLORES, Antonio, quien sostiene: "...no es cierto que en Estados Unidos las leyes inconstitucionales mueran por los golpes redoblados de la jurisprudencia. Mueren por un solo fallo y solamente una enmienda constitucional puede revitalizarlas". ("*La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*", Porrúa S. A., México 1981, pág. 78).

CAPÍTULO SEGUNDO

REFLEXIONES PARA UNA ORDENACIÓN LÓGICA DE LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

I. PRECISIONES SOBRE LOS SISTEMAS HABITUALMENTE TOMADOS COMO MODELO.

1. La frecuente invocación al modelo inglés.

Diffícilmente se encuentre una obra dedicada al estudio del control constitucional de la ley, que no contenga referencias al sistema jurídico de Inglaterra.

a) Cuando tales invocaciones se hacen precisamente para explicar que ese país no tiene un sistema de control de la constitucionalidad de la ley, las referencias nos parecen lógicas. En efecto, la Constitución inglesa se caracteriza por ser flexible (además de "dispersa" y parcialmente "consuetudinaria"), por lo cual sus reglas (31) pueden ser modificadas por el Legislador, por el mismo procedimiento que el de elaboración de las leyes. No existe, entonces supremacía constitucional sobre la ley, en el sentido que se manifiesta en los países de constitución rígida. El contenido de la Constitución inglesa se determina "con criterio material"; no hay constitución "en el sentido formal". Una ley que cambie lo establecido en una regla constitucional no sería una "ley inconstitucional" sino una reforma válida de la Constitución. De ahí que sea tan frecuentada, explicativamente, la frase: "el Parlamento inglés puede hacer todo, menos de un hombre una mujer".

Algunos autores han intentado destacar una "supremacía material" de la Constitución sobre la ley, con el objeto de encontrar ciertos límites a la omnipotencia jurídica del Parlamento Británico; límites que suelen sintetizar en la afirmación de que el Parlamento "no podría alterar el equilibrio de la Constitución inglesa sin consultar explícitamente al pueblo". (32)

(31) La doctrina inglesa distingue tradicionalmente las "reglas de la Constitución", de las "convenciones" de la Constitución; señalándose que las primeras, si son violadas, serán sancionadas por los Jueces; en cambio la violación de las segundas motivarían solamente consecuencias políticas. Esta distinción no coincide con la división —que también puede hacerse en Inglaterra— entre normas constitucionales escritas y normas constitucionales consuetudinarias; ya que hay "reglas de la constitución" que son escritas y reglas de la constitución que son consuetudinarias.

(32) Conf. SANCHEZ AGESTA, Luis, "Derecho Constitucional Comparado", Madrid 1965, pág. 105.

El alcance de este equilibrio puede ser aproximadamente similar a la noción de los "dogmas constitucionales"; en Inglaterra, estos dogmas serían las reglas sobre derechos fundamentales y las que establecen las instituciones básicas del sistema político: Corona, Gabinete, Parlamento, Justicia independiente.

Nos parece que el "tarismo" Jurídico otorguen estabilidad al tema inglés de la modificativa de la ley, especialmente si es rígida. Sería puntualizar las variaciones que han ocurrido.

b) Por estas razones la invocación del control constitucional rígido por la mixtura de las normas, son correctas en Norteamérica de donde precisamente, o por la influencia del Derecho Norteamericano no siempre se advierte el sistema de declaración de la ley que heredaban de la "s" principio de la "s"

2. Sobre el sistema

a) Nos estamos acostumbrando a apreciar desde el sistema norteamericano, explícitamente, expli

(33) La estabilidad política, que en resolución frecuencia que en la

(34) Así ocurre, Oscar, quien sostiene la constitucional de la ley, sin cit. pág. 106); pero lo mismo y no a la ley (págs.

(35) La más reciente, que conocemos "Reference División. C Vol. 5 Nº 1-6, Feb. -

(36) Las discrepancias en el tema. En la apreciación de las consideraciones políticas, la "necesidad de cambios" o progresivas. Las decisiones se caracteri

Nos parece que estos esfuerzos doctrinarios responden a un "voluntarismo" Jurídico que ha sido constante: la búsqueda de principios que otorguen estabilidad a las Constituciones. Pero no creemos que el sistema inglés disponga de resortes que permitiesen desaplicar una ley modificativa de algunos aspectos de ese "equilibrio constitucional", especialmente si esa ley hubiese sido aprobada con fuerte respaldo político. Sería puntualmente, una nueva "reforma constitucional", de las varias que han ocurrido en la historia británica. (33)

b) Por estas razones, consideramos desacertado que se insista en la invocación del sistema inglés como una modalidad comparada de control constitucional de las leyes. (34) A nuestro juicio, el equívoco se origina por la mixtura de dos consideraciones que, *aisladamente analizadas*, son correctas: *una* es la indudable existencia en Estados Unidos de Norteamérica de un sistema de control constitucional de las leyes (que, precisamente, operó como "modelo" para muchos países); *otra* es la evidente influencia del sistema jurídico británico de *common law* en el Derecho Norteamericano, que es natural heredero de aquel. Pero, lo que no siempre se advierte, es que *los jueces norteamericanos elaboraron su sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes a partir precisamente de lo que los separaba del régimen inglés y no basados en lo que heredaban de éste*: Estados Unidos estableció su Constitución rígida, escrita y codificada; y de ella justamente extrajeron los jueces el principio de la "supremacía constitucional sobre la ley". (35)

2. Sobre el modelo norteamericano.

a) Nos estamos limitando a señalar aquí algunos puntos en las cuales se aprecian descripciones contradictorias de la doctrina. En general, el sistema norteamericano de control constitucional de las leyes, es, jurídicamente, explicado con claridad, (36) con excepción de un punto

(33) La estabilidad de la constitución inglesa descansa más en factores socio-políticos, que en resortes jurídicos. Pese a ser "*flexible*", se le modifica con menor frecuencia que en la mayoría de los países de Constitución "*rígida*".

(34) Así ocurre, por ejemplo, en el estudio de VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, quien sostiene que "*si bien no hay una reglamentación del control constitucional de la ley, sin embargo en la práctica británica sí existe dicho control*" (ob. cit. pág. 106); pero lo ejemplifica con casos en que se controla a la Administración y no a la ley (págs. 100 a 106).

(35) La más reciente y útil descripción panorámica del sistema jurídico británico, que conocemos, es: "*Los sistemas jurídicos de Gran Bretaña*"; síntesis de la "*Reference División. Central Office of Information*", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 5 N° 1-6, Feb. - Dic. 1978, Santiago 1979, págs. 275 a 414.

(36) Las discrepancias han radicado, más bien, en la valoración crítica del sistema. En la apreciación de si una ley es o no constitucional, median muchas veces consideraciones políticas. Ciertos conceptos constitucionales (como "*el interés público*", la "*necesidad colectiva*", etc.) varían según se parta de concepciones conservadoras o progresivas. La Suprema Corte Norteamericana tuvo períodos en que sus decisiones se caracterizaron por un matiz claramente reaccionario, lo cual motivó

(los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley) que analizamos en el apartado "b". Habitualmente se relata que sin perjuicio de antecedentes históricos —doctrinarios y jurisprudenciales— muy ilustrativos, el régimen se sistematizó a partir de la famosa sentencia redactada por MARSHALL, en el caso "*Marbury vs. Madison*", (37) de 1801, en la cual se descartó la aplicación de una ley ordinaria por ser inconstitucional, basándose sencillamente en el principio de la jerarquía normativa (en el caso, de la supremacía de la Constitución sobre la ley).

Decía Marshall que si la Constitución y la ley están en conflicto y ambas se aplican a un caso particular a resolver; y si la Constitución es superior a todo acto ordinario de la legislatura, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual se refieren las dos; y agregaba que es de la esencia misma del Poder Judicial, resolver ese conflicto normativo, para fallar el asunto sometido a su jurisdicción.

También se enseña sin mayores discrepancias, que el sistema es "difuso", o sea que la competencia para desaplicar la ley inconstitucional no es exclusiva de la Corte Suprema, sino que pertenece —en principio— a todos los tribunales judiciales en el ámbito federal; y que aún los jueces locales pueden descartar la aplicación de normas locales —legales o constitucionales— si son contrarias a la Constitución Federal, por virtud de que ésta dispone:

"esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ellas se promulgan, y todos los Tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas aún cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en los Códigos de los Estados". (38)

comentarios muy críticos, especialmente de la doctrina francesa (un clásico, en este sentido, es el de LAMBERT, Eduard, "*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états unis*". Paris, 1921). La evolución "ideológica" de la S. Corte Norteamericana, puede verse en CORWIN, Edward, "*The Constitution of United States. Analysis and interpretation*", 2ª ed. Washington 1955, cap. 6º; VESCOBI, Enrique, ob. cit. págs. 20 a 27; FIX ZAMUDIO, Héctor, "*Veinticinco Años...*" cit. págs 19 a 23.

(37) MARBURY había sido nombrado Juez en el distrito de Columbia por la administración del Presidente Adams; antes de hacerse efectivo el nombramiento, se produjo el cambio de Presidente; el Ministro MADISON —por orden del nuevo Presidente JEFFERSON— dejó sin efecto la designación, invocando normas legales que lo facultaban; MARBURY, entonces, demandó contra la decisión del Ministro MADISON, invocando normas de la Constitución.

(38) Una disposición muy similar de la Constitución de México (art. 133) ha motivado una compleja discusión acerca de si un Juez local podría desaplicar por sí, una norma local, por considerarla contraria a la Constitución Federal. La Suprema Corte ha sostenido la tesis negativa, basada esencialmente en que, en el sistema de la Constitución de México, sólo el Poder Judicial Federal tiene facultades expresas (a través del Amparo) para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. El argumento no nos convence; pensamos que encierra una petición de principio, puesto que precisamente, lo que está en discusión, es si el art. 133 confiere o no

ciados unos de ot
dica. (28) No es
algunos deslices
ble llegar a un ac
nalidad de una ley
un acuerdo previc
acto legislativo; lo
criterios utilizable
de derecho positiv
rece que en los p
especial no ordina
naturaleza legislat
bio, cuando la dec
rio, y con efectos
delo norteamerica
del acto del Cons
titucionalidad de
juicio— que "tiñe"
ción de las leyes (y
ycto).

No consideran
solución "universa
tucional. Admitim
contradice con otr
tual de los jueces;
camente las norm
mente, puede ser
aprobar o no un r

Consideracione
sentencia de incon
clarativa". Tambié
universalidad. Esti
ra con efectos ex-
"declarativo"; y en
naturaleza "consti

(28) Omíto aquí
que se refieren al con

(29) Por otra pa
sobre el concepto de

(30) Todo esto,
entre estos dos tipos

ciados unos de otros, lo que ha generado una copiosa literatura jurídica. (28) *No es difícil detectar, en estas discusiones ya "tradicionales", algunos deslices de lógica, también tradicionales.* En efecto; es imposible llegar a un acuerdo acerca de si el acto que declara la inconstitucionalidad de una ley es jurisdiccional o legislativo, si antes no se parte de un acuerdo previo acerca de los conceptos de acto jurisdiccional y de acto legislativo; lo cual está muy lejos de lograrse, por la diversidad de criterios utilizables para ello. (29) Por lo demás, los distintos sistemas de derecho positivo pueden incidir en una u otra solución. Así, nos parece que en los países en que la declaración pertenece a un Tribunal especial no ordinario, y tiene efectos generales, ese acto se acerca a la naturaleza legislativa (así lo vemos para el modelo austríaco). En cambio, cuando la declaración es formulada por un órgano judicial ordinario, y con efectos concretos cremos acercarnos al acto jurisdiccional (modelo norteamericano). Y no tenemos dudas de la naturaleza legislativa del acto del Consejo Constitucional Francés, cuando declara la inconstitucionalidad de un proyecto de ley. Esa es la naturaleza —a nuestro juicio— que "tiñe" a todos los actos que integran el proceso de elaboración de las leyes (tanto en el "progreso" como en el rechazo de un proyecto).

No consideramos lógicamente posible, en consecuencia, concluir una solución "universal" acerca de la naturaleza del acto de control constitucional. Admitimos sí que el análisis de si una norma armoniza o se contradice con otra (en nuestro caso, Ley y Constitución) es tarea habitual de los jueces; pero también el Legislador puede confrontar jurídicamente las normas (para apoyar o no un proyecto de Ley); igualmente, puede ser una consideración que inspire al Poder Ejecutivo, para aprobar o no un reglamento, o una resolución administrativa.

Consideraciones similares nos merece la discusión acerca de si la sentencia de inconstitucionalidad tiene naturaleza "constitutiva" o "declarativa". También en este problema debe abandonarse la pretensión de universalidad. Estimamos que en los sistemas en que dicha sentencia opera con efectos *ex-tunc* (como en Alemania Federal), asume un carácter "declarativo"; y en los modelos en que surte sólo efectos *ex-nunc*, tiene naturaleza "constitutiva" (modelos austríaco y norteamericano). (30)

(28) Omíto aquí las citas doctrinarias, porque prácticamente todas las obras que se refieren al control constitucional, tratan el tema.

(29) Por otra parte, se está todavía más lejos de lograr un acuerdo verosímil sobre el concepto de "acto político".

(30) Todo esto, obviando conocidas discrepancias acerca de la real separación entre estos dos tipos de sentencias.

quinto: desde el punto de vista práctico, la "extensión" de los efectos obligatorios de la declaración de inconstitucionalidad va más allá del ámbito judicial, y suele proyectarse a la Administración (41) y aún a los particulares que no hayan planteado accionamientos contra la ley inconstitucional; (42) (43)

sexto: el "holding" de una sentencia de inconstitucionalidad, es decir, la parte de la sentencia que obliga como precedente para casos futuros similares, es más "contundente" que en los casos comunes, pues resuelve una *contradicción objetiva* entre dos normas (una ley y la Constitución); esto hace más difícil, en la práctica, que un juez pueda entender, en el futuro, que "el caso es distinto" para no seguir el precedente judicial. (44)

3. Sobre el modelo francés.

a) Como se ha referido antes, la Constitución francesa de 1958 prevé la existencia de un Consejo Constitucional que puede controlar la constitucionalidad de las leyes (en rigor, de "proyectos de leyes") antes de su promulgación. Pero lo hace a *solicitud de órganos estatales, y no cabe el planteo por los particulares*. Una vez que una ley ha entrado en vigor, los jueces no se consideran facultados para declarar su inconstitucionalidad. Esta ha sido la solución constante en el Derecho francés, a pesar de que autores de mucho prestigio en ese país han sostenido la

(41) Los órganos de la Administración saben que si intentan aplicar la ley ya declarada inconstitucional, el interesado —en un juicio— obtendrá su inaplicabilidad.

(42) Si una de las partes de un contrato quisiera incluir una cláusula basada en una ley ya declarada inconstitucional, debe saber que, en caso de litigio, seguramente dicha cláusula será considerada nula.

(43) En México existe una discusión similar, en torno a los efectos de las sentencias que causan "*jurisprudencia obligatoria*" (lo cual no es "*de principio*", como en Estados Unidos, sino más bien excepcional, ya que el régimen mexicano sigue siendo, básicamente del sistema "*romano-germánico*" y no del "*common law*"). Sobre el punto, véase SALINAS MARTINEZ, Arturo, "*La Suprema Corte y la Jurisprudencia Obligatoria*", rep. de la Conferencia dictada en la U.A.N.L. el 19 de Abril de 1975, Monterrey 1975, págs. 12 y ss. En Uruguay, donde no existe ningún caso de "*jurisprudencia obligatoria*", la ley reglamentaria de los artículos constitucionales que regulan el sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, autoriza en cierto modo a la Suprema Corte, a rechazar sin límite los planteos de inconstitucionalidad, cuando ya se hubiese pronunciado negativamente en forma reiterada, respecto del mismo punto.

(44) La doctrina norteamericana distingue dentro de una sentencia el "*holding*" ("*ratio decidendi*" en la terminología de los ingleses) y los "*dicta*". El "*holding*" es la parte realmente *obligatoria* para los casos futuros; los "*dicta*" se refieren a aspectos laterales o secundarios, en los que las conclusiones de la sentencia sólo tienen valor *persuasivo*, como en los sistemas en que no existe la *jurisprudencia obligatoria*.

tesis contraria. (de los jueces han ración de poderes como expresión de por los juzgadores por los jueces ley— ha añadido "rectivas" que tienen, que son estrictes pudiesen descontrarias a aquellentes", lo cual trición del Derecho jueces la potestad influida globalmente, de la opinión del Gobierno". (47) contraria. Todo lo sea más prestigiado y que, en cambio, cendido más que la

b) El sistema portancia al controlador. De ahí que "trativo" hayan sido la inconstitucionalidad

(45) Por ej. DUC TIONNEL, París 1932,

(46) BURDEAU, 1970, T. III, pág. 435/

No compartimos e yoría, son normas Jur dad" es natural que se cio— aún antes de que titucionales, los llama tema y, sin dar una s blez; pero aún en es violentara alguna paut Constitución hubiesen cación de normas Con 1977, Ap. T. III, págs.

(47) El tema, cor ricamente bien puede si luego de su célebre ex Poder Judicial por deci leyes", Porrúa S. A., 1

(48) También infli de derecho que tienen torio.

tesis contraria. (45) Los argumentos para descartar esta competencia de los jueces han sido variados; principalmente el "respeto de la separación de poderes", la "soberanía parlamentaria", la "soberanía de la ley como expresión de la voluntad general", la cual no puede ser revisada por los juzgadores, etc. A estos argumentos —tradicionalmente invocados por los jueces para negarse a analizar la constitucionalidad de una ley— ha añadido BURDEAU otro, basado en el carácter de pautas o "directivas" que tienen las normas constitucionales, a diferencia de las leyes, que son estrictamente "reglas jurídicas"; y agrega que si los jueces pudiesen descartar la aplicación de estas últimas por considerarlas contrarias a aquellas "directivas", estarían "reencarnando a los Constituyentes", lo cual trasciende notoriamente la labor judicial". (46) Esta posición del Derecho Positivo francés, por la cual siempre ha negado a los jueces la potestad de anular o desaplicar leyes ordinarias, parece estar influida globalmente por el predominio no siempre explícito, pero existente, de la opinión de que el Poder Judicial "no es realmente un Poder del Gobierno". (47) En Estados Unidos predomina de hecho la opinión contraria. Todo lo cual explica, a nuestro juicio, que internacionalmente sea más prestigiada y citada la doctrina francesa que su jurisprudencia y que, en cambio, los fallos de los Jueces norteamericanos hayan trascendido más que las obras de su doctrina. (48)

b) El sistema jurídico francés parece haber dado mucho mayor importancia al control sobre la Administración que al control sobre el Legislador. De ahí que sus aportaciones al tema del "contencioso administrativo" hayan sido notables, mucho más influyentes que en el tema de la inconstitucionalidad de la ley; de ahí también que, en este campo, la

(45) Por ej. DUGUIT, León, en la 3ª ed. del *TRAITE DE DROIT CONSTITUTIONNEL*, París 1932, T. I., págs. 155 y ss.

(46) BURDEAU, Georges, *TRAITE DE SCIENCE POLITIQUE*, 10ª ed. París, 1970, T. III, pág. 435/437.

No compartimos esta opinión. Los preceptos constitucionales, en su gran mayoría, son normas Jurídicas y no meras directivas. Aunque por su "fundamentalidad" es natural que sean reglamentados por ley, pueden aplicarse —a nuestro juicio— aún antes de que se les reglamente. No ocurre así con algunos artículos constitucionales, los llamados "meramente programáticos", en los cuales se menciona un tema y, sin dar una solución, se encomienda al Legislador Ordinario que la establezca; pero aún en estos casos, la ley reglamentaria podría ser inconstitucional, si violentara alguna pauta o criterio orientador que las normas programáticas de la Constitución hubiesen incluido. (Más ampliamente en KORZENIAK, José, "Clasificación de normas Constitucionales", *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires 1977, Ap. T. III, págs. 148 y ss.).

(47) El tema, como se sabe, ha motivado una tradicional discusión, que históricamente bien puede situarse a partir de la curiosa frase de MONTESQUIEU, quien luego de su célebre explicación de la separación de los tres poderes, afirmó que "el Poder Judicial por decirlo así, será un poder invisible y nulo" (*"El Espíritu de las leyes"*, Porrúa S. A., México 1977, pág. 105).

(48) También influye para este fenómeno, obviamente, el carácter de creadores de derecho que tienen los jueces norteamericanos, a través del precedente obligatorio.

jurisprudencia francesa del Consejo de Estado haya tenido una difundida celebridad.

c) Conviene no minimizar, tampoco, los aportes franceses al control constitucional de las leyes.

La labor preventiva del Consejo Constitucional —luego de sus primeros años no muy afortunados— ha sido fructífera y hace honor a la tradición jurídica francesa. A pesar de que los particulares no puedan acceder formalmente con sus planteos de inconstitucionalidad, es real que Francia sigue siendo un ejemplo de respeto a los derechos humanos, y de respeto entre los órganos estatales de sus respectivas competencias. Si se juzga por sus resultados prácticos, pues, el sistema de control constitucional deja muy poco para desear. (49)

d) Es necesario, finalmente, hacer notar que en Francia se ha desarrollado, jurisprudencialmente, el tema de la *responsabilidad patrimonial del Estado por acto legislativo*. Cuando una ley ha provocado daños de cierta excepcionalidad y características a algunos particulares, se ha condenado al Estado a reparar el perjuicio, aún en casos en que la ley no establezca ninguna indemnización. Y aunque las sentencias han establecido condenas de reparación sin fundamentarlas en que se trata de leyes inconstitucionales, lo cierto es que dichas sentencias se han basado en principios realmente extraídos de la Constitución. Es, en los hechos, un control constitucional de las leyes, aunque no traiga como consecuencia su desaplicación o anulación, sino la reparación de los daños causados por ellas. Así interpretamos que ocurre en Francia cuando se condena al Estado a indemnizar los perjuicios provocados por una ley, cuando ésta hiere el “principio de igualdad ante las cargas públicas”. (50) Aunque no se diga específicamente, el pronunciamiento se basa en el principio constitucional de la igualdad, en uno de sus aspectos.

4. Sobre el modelo austriaco.

La Corte Constitucional Austriaca —como hemos explicado— es un órgano independiente, previsto en la Constitución de 1º de octubre de 1920, que tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (federales o locales) con efectos derogatorios. (51) Esto significa,

(49) Esto significa que tanto la “parte dogmática” (muy peculiar en Francia) como la “orgánica”, de la Constitución, reciben adecuado cumplimiento. Ese es, en definitiva, el objetivo de los mecanismos de control constitucional.

(50) Este fundamento comenzó a ser usado por el Consejo de Estado francés, para condenar al Estado a reparar ciertos perjuicios provocados por leyes, a partir de 1938, con motivo del recurso promovido por la Société La Fleurette (sentencia de 14 de enero de 1938, en DALLOZ, París 1938. N° III, pág. 41).

(51) Esta Corte Constitucional, luego de una reforma de 1929, se integra con un Presidente, un Vice Presidente, doce miembros y seis sustitutos. El Poder Ejecutivo designa al Presidente y Vice Presidente, y a la mitad de los miembros y sustitutos. Los demás son formalmente designados por el Presidente de la República, pero a propuesta de las Cámaras del Poder Legislativo. En todos los casos, los miem-

por un lado, que todos” (aún a que los efectos de la No equivale a un ya visto de Aler puesta por un ór juridicidad (inco

Producida la está obligado a derogada (a par jado la Corte C después).

Se compren quebrar tradicio poderes. No deb gran parte de es dad de control siempre reservas cipio de separac curecer el aserti diccional están s tres poderes —] no subordinados (administración debe asegurarse cluye que hay l actividad de lo Trasladado este advierte fácilme tema de la Cor de cualquiera d yente”) — que dad constitucio derogando la le

II. DIVERSIDAD JURIDICA

1. Una pr

Las variad cional de las le

ros de la Corte Derecho y Cienci funciones públicas

(52) KEISE

(53) Ibidem,

por un lado, que la declaración de inconstitucionalidad “aprovecha a todos” (aún a quienes no hubiesen impugnado la ley); y por otro, que los efectos de la declaración se proyectan sólo hacia el futuro (ex nunc). No equivale a una “declaración de nulidad” de la ley —como en el caso ya visto de Alemania Federal— sino a una *derogación legislativa, dispuesta por un órgano técnico, que no es el Legislador y por razones de jurisdicción* (inconstitucionalidad).

Producida la declaración de inconstitucionalidad, el Poder Ejecutivo está obligado a publicar oficialmente que la ley en cuestión ha quedado derogada (a partir de la fecha de la publicación o de otra, que haya fijado la Corte Constitucional, que no puede situarse más allá de un año después).

Se comprenderá que el establecimiento de este sistema tuvo que quebrar tradicionales conceptos vinculados al principio de separación de poderes. No debe extrañar que haya sido Hans Kelsen —redactor de gran parte de esta Constitución Austriaca— quien propuso esta modalidad de control constitucional de las leyes. En efecto, este jurista tuvo siempre reservas lógicas respecto a cómo se estereotipaba el referido principio de separación de poderes, en el cual —sostiene— *fue necesario oscurecer el aserto de que la actividad administrativa y la actividad jurisdiccional están subordinadas a la legislación*, para poder proclamar que los tres poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial— están coordinados y no subordinados. (52) Admite que la subordinación de unas funciones (administración y jurisdicción) a otra (legislación), no necesariamente debe asegurarse subordinando los órganos (“poderes”) respectivos; y concluye que hay buenas razones para confiar el control de legalidad de la actividad de los órganos creadores de derecho, “a otros órganos”. (53) Trasladado este razonamiento a las relaciones “constitución - ley”, se advierte fácilmente porqué fue sencillo, para Kelsen, sustentar el sistema de la Corte Constitucional austriaca. Es “otro órgano” —distinto de cualquiera de los tres poderes (y, aún, distinto del “Poder Constituyente”)— que controla si la “actividad legislativa se ajusta a la actividad constitucional”; y, cuando constata la hipótesis negativa, “legisla”, derogando la ley inconstitucional.

II. DIVERSIDAD DE SISTEMAS Y PRIORIDADES DE VALORES JURIDICO-POLITICOS.

1. Una pregunta necesaria.

Las variadas soluciones positivas al problema del control constitucional de las leyes, tienen un *supuesto* jurídico y un *objetivo*, comunes.

Los miembros de la Corte Constitucional deben tener una alta preparación académica en Derecho y Ciencia Política. El cargo es incompatible con el desempeño de otras funciones públicas o vinculadas a partidos políticos.

(52) Kelsen, Hans, *ob. cit.* pág. 334.

(53) *Ibidem*, págs. 334/35.

2. Separación de poderes y control constitucional de los proyectos de leyes (control "a priori").

a) A partir de la sistematización de Montesquieu, (58) la separación de poderes se convirtió primero en casi un dogma doctrinario y luego, durante el siglo XIX, en un dogma de derecho constitucional positivo. Desde el comienzo, el principio fue entendido con un doble contenido: organizativo y funcional. Tres poderes "separados" significó no solamente la existencia de tres centros orgánicos más o menos en equilibrio institucional, sino además tres funciones distintas atribuidas de manera predominante a cada uno de ellos.

El "sistema francés" de control constitucional de las leyes (Consejo Constitucional que verifica la constitucionalidad del proyecto de ley, antes de su promulgación) se establece en la Constitución de 1946 y se perfecciona en la de 1958; o sea, cuando el principio de separación de poderes ya había tenido una serie de "modificaciones" respecto de su formulación originaria. Aunque siempre fue aceptado que entre los "tres poderes" podían existir ciertos contralores recíprocos ("frenos y contrapesos"), el principio rechazaba, en su concepción tradicional, la posibilidad de órganos estatales que no integraran alguno de los "tres poderes". El derecho Constitucional, sin embargo, ofrece numerosos ejemplos de órganos "autónomos" que no pertenecen a la estructura de ninguno de los tres clásicos "centros de autoridad". (59) Por otro lado, ya a partir de la consolidación de la "constitución rígida", la existencia de un "cuarto poder", el Poder Constituyente permanente o revisor, es, para nosotros, un hecho indiscutible. (60)

Otra notoria limitación de la separación de poderes respecto de su formulación clásica fue, precisamente, la posibilidad de que los actos de

Pero, en última instancia, será la madurez, participación y vigilancia populares, las que tarde o temprano engendrarán las modalidades de sus gobernantes. Precisamente bajo estos supuestos, comienzan a generalizarse mecanismos menos sofisticados, más prácticos, para "ayudar a la población" a defenderse de la ilegalidad o inconstitucionalidad de los proceder del poder público. En ese sentido se orienta la actuación del "ombudsman" de origen escandinavo, llamado "defensor del pueblo" en la Constitución de España (art. 54). "prokuratura" en la U.R.S.S., "médiateur" en Francia (Ley de 3 de junio de 1973), etc. (véase FIX ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones...", cit., págs. 22 y ss.).

(58) MONTESQUIEU, ob. cit., cap. VI del libro 11º.

(59) Por ejemplo: Tribunales de lo Contencioso-Administrativo ubicados "fuera" de los tres poderes y, que para algunos autores constituyen un "cuarto poder"; Cortes Electorales que juzgan sobre la legalidad de comicios y referéndum, con la misma naturaleza institucional; Cortes o Tribunales de Cuentas independientes de los tres poderes; etc. (La Constitución uruguaya de 1967 contiene ejemplos de este tipo, en sus Secciones XVII, XVIII, y XIII, respectivamente).

(60) Esto es especialmente evidente en los sistemas de reforma constitucional en los cuales intervienen órganos distintos de los que componen el Poder Legislativo ordinario (Asambleas Constituyentes, Cuerpo Electoral a través del referéndum, etc.).

cional que, orgánicamente, no integra en rigor ninguno de "los tres poderes del Gobierno". Pero, por otro lado, mantiene tenazmente la prioridad del dogma en tanto que resiste la posibilidad de que los actos de un poder puedan ser anulados o desaplicados por otro órgano o poder. De ahí que la declaración de inconstitucionalidad se produzca respecto del proyecto de ley (cuando aún no existe acto legislativo) y no de la ley ya perfeccionada. (61)

3. Supremacía Constitucional y control "a posteriori" con efectos erga omnes.

El "modelo austríaco", dejó de lado algunas de las consecuencias o contenidos atribuidos al principio de separación de poderes. En efecto; por un lado admite que exista un Tribunal que está "fuera" de las clásicas tres estructuras orgánicas y, por otro, acepta que "los actos de un poder" (la ley, acto del Legislativo), puedan ser "derogados por otro órgano". Se mantiene, en cambio, la exigencia que también se hace derivar de la separación de poderes, de que tal "derogación" sólo pueda hacerse por razones de "juridicidad", es decir por tratarse de una ley inconstitucional. El principio que se prioriza, pues, es el de la supremacía de la Constitución; en función de éste, la separación de poderes pasa de hecho a un "segundo plano".

La supremacía constitucional sobre la ley, es un aspecto dentro del principio de jerarquización normativa; el arraigo de este principio y su evidencia en todos los sistemas jurídicos modernos, hace que el "modelo austríaco" sea muy atractivo desde el punto de vista lógico. En efecto: es lógico que si se constata que una ley es contraria a la Constitución, se le derogue con efectos *erga omnes*, puesto que una contradicción entre normas, por ser una oposición objetiva, no puede beneficiar o perjudicar exclusivamente a un interesado. También aparece lógico que si se trata de una "derogación" exclusivamente por razones de juridicidad (y no de oportunidad o conveniencia), tal "derogación" quede a cargo de un tribunal especializado, de composición técnica y no política. Sin embargo, la proclamada coherencia lógica de este sistema, presenta a nuestro entender, algunos puntos vulnerables. En primer término, en virtud de que tratándose de una ley inconstitucional, la violación al principio de la jerarquía normativa se produce desde el momento mismo en que la ley entra en vigor; por tanto, la declaración de inconstitucionalidad —con efectos generales— debiera retrotraerse a dicho momento (efectos *extunc*) y no operar solamente hacia el futuro. Desde este punto de vista, debe aceptarse que el modelo alemán descrito supra (Cap. primero, II,

(61) También la priorización de la *separación de poderes* explica que el Consejo de Estado francés se encuentre, orgánicamente, "dentro" del Poder Ejecutivo. Pero, en este caso, lo que se respetó del principio fue que no hubiere órganos que trastocaran el esquema de los tres centros de autoridad y no la "prohibición" de anular actos ya perfeccionados.

Ng 5), es el que ha intentado llevar al máximo de coherencia lógica la prioridad de la supremacía constitucional.

El segundo test de debilidad lógica que puede presentarse al "modelo austriaco" —ahora en su aspecto de sistema "concentrado" en un Tribunal— gira en torno a la hipótesis de la "oposición superveniente" de la ley con la constitución. Suele llamarse así al caso en que una ley, al momento de dictarse, es perfectamente ajustada a la Constitución, pero, por virtud de una *reforma constitucional posterior*, viene a quedar en contradicción con ésta. Si el principio prioritario es la supremacía constitucional, debería admitirse en esta hipótesis que hay "derogación de la ley" sin necesidad de una declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, en los sistemas "concentrados", el tribunal respectivo suele reclamar para sí la necesidad de la declaración de inconstitucionalidad de la ley como en los casos de leyes inconstitucionales desde su nacimiento. (62)

4. *Equilibrio pragmático entre separación de poderes y supremacía constitucional. Control a posteriori, difuso y de efectos concretos.*

El sistema norteamericano de control constitucional —no regulado constitucionalmente, sino elaborado por decisiones jurisprudenciales— ha contemplado en plano más o menos equilibrado a la separación de poderes y a la supremacía constitucional.

Aunque la competencia para el control constitucional de las leyes está "diseminada" (sistema "difuso"), transcurre siempre dentro del ámbito del Poder Judicial; el esquema "tripartito" propuesto por Montesquieu sigue imponiendo algunas de sus verdades a este modelo. Igualmente influye la separación de poderes, cuando los jueces afirman que sus consideraciones para analizar la contradicción Constitución - Ley, se basan exclusivamente en razones de juricidad y no políticas. (63) También la separación de poderes determina que la declaración de inconstitucionalidad no se dicte con efectos *erga omnes*. Sin embargo, todo el sistema se ha elaborado invocándose como principio habilitante, el de la supremacía constitucional sobre la ley. (64) Es precisamente por la invocación de esa diferencia de rango normativo, que el Poder Judicial se consideró competente en Estados Unidos para desaplicar las leyes inconstitucionales.

(62) En rigor, este problema de la "oposición superveniente" entre ley y Constitución ha puesto a prueba la coherencia lógica de cualquiera de los sistemas de control constitucional de la ley, originando complejas controversias. Un agudo comentario de las mismas puede verse en CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, "Oposición superveniente". ¿Inconstitucionalidad o derogación? en *Rev. de Der., Jurisp. y Admón.*, T. 55, págs. 157 a 209, Montevideo, 1958.

(63) Se sabe que, en la realidad, las convicciones políticas suelen incidir en las soluciones jurisdiccionales. (véase *supra*, Nota 37).

(64) Véase *supra*, I, 2.

1º El con-
levante del co-
mática altame-
nal de los act-
tificada como

2º La ma-
dad de soluci-
de los proble-
ción de sistem-
namente el ri-
se detectan a
cipio, "círculo
rídico más ha
expositivo y
los "modelos

3º La b-
cano, ha indu-
cia de un sist-
terra, que no
pecto, se apo-
dad histórica

4º La p-
norteamerica-
tancia —may-
"principio de
macía consti-
—ubicable d
el máximo c
cia constituc

5º Los
algunas solu-
citados. No
trol constitu-
bales al "m-
tación del s
han quedado

6º En
de la defen-
miento de s
de madurez
que su pue

CONCLUSIONES

1º El control constitucional de las leyes no es el único aspecto relevante del control constitucional en general; pero ha motivado una temática altamente especializada —separable de la del control constitucional de los actos administrativos y jurisdiccionales— generalmente identificada como “la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes”.

2º La multiplicidad de problemas que plantea el tema, y la variedad de soluciones adoptadas en el Derecho Comparado para cada uno de los problemas, ha hecho imposible, hasta el presente, una clasificación de sistemas de control constitucional de las leyes, que satisfaga plenamente el rigor lógico. En la discusión doctrinaria de estos problemas, se detectan a veces deslices lógicos de razonamiento (peticiones de principio, “círculos viciosos”, etc.) que ya tienen tradición en el discurso jurídico más habitual, y que debieran superarse. Desde el punto de vista expositivo y didáctico, sigue siendo útil la sistematización en torno a los “modelos francés, austriaco y norteamericano”.

3º La búsqueda de antecedentes ingleses del modelo norteamericano, ha inducido a parte de la doctrina al error de afirmar la existencia de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes en Inglaterra, que no existe; puesto que el sistema norteamericano, en este aspecto, se apoyó precisamente en puntos de ruptura —y no de continuidad histórica— respecto del sistema británico.

4º La polarización de los llamados “modelos francés, austriaco y norteamericano” se produce fundamentalmente en función de la importancia —mayor, menor o equilibrada, respectivamente— que otorgan al “principio de separación de poderes”, respecto del principio de “supremacía constitucional”. El sistema de la República Federal de Alemania, —ubicable dentro del “modelo austriaco”— es el que ha llevado hasta el máximo de consecuencias lógicas, la predominancia de la “supremacía constitucional”.

5º Los países de América Latina han ido incorporando —además de algunas soluciones originales— elementos de los tres “modelos clásicos” citados. No es posible identificar un “sistema latinoamericano” de control constitucional de las leyes. Por otro lado, algunas referencias globales al “modelo americano”, que sugerían cierta uniformidad de aceptación del sistema de Estados Unidos en los países de latino-américa, han quedado totalmente superadas.

6º En el funcionamiento real de los regímenes políticos, la eficacia de la defensa de la constitución, no depende demasiado del perfeccionamiento de sistemas tecnicadas de control constitucional, sino del grado de madurez política de una sociedad y de la participación y vigilancia que su pueblo ejerza en la conducción cotidiana de la misma.