



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

JOSÉ OVALLE FAVELA¹

FECHA DE RECEPCIÓN: 12 DE AGOSTO 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15 DE SEPTIEMBRE 2022

DOI:<https://doi.org/10.20983/reij.2023.1.2>

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Constitutional Procedural Law: A Comparative Perspective

RESUMEN

Es un análisis histórico y comparativo del surgimiento y desarrollo de los tres principales sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: el norteamericano, el austríaco y el francés. De cada uno de estos se estudian sus antecedentes, sus fundamentos doctrinales y jurídicos, su evolución y sus principales características.

Palabras clave: control concentrado; control difuso; control preventivo; control sucesivo; derecho procesal constitucional

ABSTRACT

This is a historical and comparative analysis of the emergence and development of the three main systems of jurisdictional control of the constitutionality of laws: the American, the Austrian and the French. The background, doctrinal and legal foundations, evolution and main characteristics of each of these systems are studied.

Keywords: concentrated control; diffuse control; preventive control; successive control; constitutional procedural law.

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: joseovalle@bof.com.mx. ORCID: 0000-0002-1082-5554.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

INTRODUCCIÓN

El derecho procesal constitucional es la disciplina que tiene por objeto el estudio del conjunto de normas y principios que regulan el proceso destinado a solucionar los conflictos sobre la interpretación y aplicación de normas constitucionales (Ovalle, 2016, 80).

En este trabajo nos proponemos hacer un análisis de las circunstancias históricas y de las teorías jurídicas y políticas que impulsaron el surgimiento y desarrollo de los tres grandes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes: el estadounidense, el austríaco y el francés. Estos sistemas se convirtieron en modelos, en la medida de que influyeron en la creación de sistemas control en otros ordenamientos. Pero se parte de la hipótesis que se trata solo de modelos y que los países que en alguna medida los adoptaron, no se limitaron a hacer una copia textual de alguno de los tres modelos, lo cual sería imposible, sino simplemente que sus lineamientos fundamentales fueron tomados en cuenta al momento de diseñar su propio sistema, con las modalidades y características propias de cada Estado.

Aunque el estudio del tema de los derechos humanos en las constituciones empezó a hacerse una vez que aquellas empezaron a entrar en vigor, no ocurrió lo mismo con la disciplina procesal constitucional, cuya formación se remonta a la primera mitad del siglo XX. Con razón se ha estimado que el derecho procesal constitucional fue fundado por Hans Kelsen, quien fue el autor del proyecto de Constitución de Austria en 1920, en la que creó el primer Tribunal Constitucional en el mundo (Métall, 1976, 41-43, 60-62).

Conviene aclarar que en el mismo año de 1920 se promulgó la Constitución de la República de Checoslovaquia, la cual impuso a los jueces ordinarios el deber de recurrir al tribunal constitucional en los casos en los que la aplicación de la ley podría conducir a una violación de la Constitución. Pero tuvo muy escasa vigencia y aplicación, pues solo llegó a emitir una sentencia (González Trevijano, 2000, 31-31; Fromont, París, 2013, 41; y Cappelletti, 1987, 64).

Con base en su experiencia como autor del proyecto de Constitución y como magistrado del Tribunal Constitucional (1921-1930), Kelsen escribió un artículo fundamental para el nacimiento del derecho procesal constitucional: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”. En este trabajo el autor analiza el problema de la regularidad del ordenamiento jurídico, la noción de Constitución, las garantías de la regularidad, las garantías de la constitucionalidad (la jurisdicción constitucional, el objeto, el criterio, el procedimiento y el resultado del control de constitucionalidad), así como el significado jurídico y político de la justicia constitucional (Kelsen, 1974, 471).

Kelsen afirma que su “estudio trata del problema de la garantía jurisdiccional de la Constitución, denominada generalmente justicia constitucional...” Es evidente que aunque utiliza la denominación de

justicia constitucional, el contenido de su artículo sentó las bases fundamentales del *derecho procesal constitucional*.

Entendemos que las dos denominaciones son relativamente equivalentes. Quizá la noción de justicia constitucional hace mayor énfasis en los órganos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional y en los aspectos políticos de esa justicia; en cambio, el derecho procesal constitucional utiliza con más rigor los conceptos y principios de la Teoría general del derecho procesal.

Bajo la influencia de Kelsen, en buena parte de los países europeos y en algunos latinoamericanos se utiliza la expresión “justicia constitucional” para referirse a nuestra materia. En este sentido, Rousseau y Blachère consideran que, desde un punto vista funcional, la justicia constitucional se presenta como la actividad jurisdiccional confiada a este órgano independiente para resolver los litigios que surjan entre las partes sobre las cuestiones de conformidad constitucional (de normas jurídicas, de comportamientos o de ciertas decisiones públicas como las resoluciones judiciales o los actos de las entidades territoriales) o para juzgar las violaciones a la Constitución por los poderes públicos (Rousseau y Blachère, 2020, 9). Cappelletti sostiene que todas las manifestaciones de la justicia constitucional “se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la

tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional” (Cappelletti, 1987, 9).

Alcalá-Zamora inició la tendencia a denominar derecho procesal constitucional a nuestra materia, a partir su obra *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en la cual analiza este Tribunal introducido en la Constitución española de 1931 (Alcalá-Zamora, 1933). Entre otras cosas, el procesalista español examina los antecedentes, la naturaleza y el objeto de las funciones del Tribunal: el recurso de inconstitucionalidad de las leyes; el recurso de amparo; los conflictos de competencia legislativa y los de atribuciones entre el Estado y las Regiones autónomas, etcétera. Asimismo, estudia la organización del Tribunal y las partes en el *proceso constitucional*. El autor incluyó este trabajo en su libro *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, publicado en 1944, al lado de otros artículos en los que aborda temas relacionados (Alcalá-Zamora, 1944). El título de sus ensayos dio nacimiento al nombre de derecho procesal constitucional.

González Pérez define el derecho procesal constitucional como “el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional”. Para este autor, el proceso constitucional es aquel a través del cual el tribunal constitucional conoce de “pretensiones funda-

das en normas constitucionales” (González Pérez, 1980, 41 y 77).

Fix-Zamudio, quien ha sido el principal autor que se ha encargado de sistematizar y difundir esta materia en México, afirma que “el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en su sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder” (Fix-Zamudio, 1992, 26).

Se puede concluir que el derecho procesal constitucional tiene las características siguientes:

1. Es una *disciplina procesal*, es decir, forma parte de todo el conjunto de la ciencia del derecho procesal, por lo que comparte con esta los conceptos, los principios y las instituciones que integran la parte general de aquélla. No pertenece al derecho constitucional, pues éste es una rama del derecho sustantivo; si bien es cierto que el proceso constitucional tiene como función principal la interpretación y aplicación de las normas constitucionales sustantivas, también lo es que el inicio, el desarrollo y la terminación del proceso constitucional se sujetan a las normas de carácter procesal.

2. El objeto de estudio del derecho procesal constitucional es el *proceso constitucional*, cuya finalidad primordial es la solución de los conflictos sobre la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.
3. Las funciones del proceso constitucional varían de acuerdo con la legislación vigente en cada país. Sin embargo, se puede afirmar que las más relevantes son las siguientes: *a)* el *control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes* y de otras normas generales; *b)* la tutela jurisdiccional de los *derechos humanos*; *c)* los *conflictos entre los poderes* y demás órganos del Estado, y *d)* la *impugnación de las sentencias definitivas* y demás resoluciones que pongan fin definitivamente a los juicios seguidos ante los tribunales ordinarios. En este trabajo vamos a ocupar de la función señalada en el inciso *a*.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Vamos a analizar brevemente los principales sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, sobre todo en los países que han ejercido una mayor influencia en los demás Estados.

El sistema norteamericano

Aunque este sistema que surgió en los Estados Unidos, tuvo sus orígenes en la

tradición jurídica inglesa defendida por el *Chief Justice Sir Eduardo Coke*, quien en la sentencia dictada en 1610, en el célebre caso *Bonham*, sostuvo que en muchos casos el *common law* (el derecho común de Inglaterra aplicado por los tribunales reales de justicia) controla las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y a la razón, repugnante o imposible de ser cumplida, el *common law* debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula (Cappelletti, 1987, 53-56; y Fernández Segado, 2013, 37-113).

La base en la que se sustenta este sistema se encuentra en el art. VI, párr. 2, de la Constitución norteamericana de 1787, el cual dispone que la Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país; así como que los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Hamilton, al comentar la Constitución estadounidense, expresaba:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe

ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hubiere una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria...(Hamilton *et. al.*, 1957, 332).

Es claro que la Constitución estableció el principio de la *supremacía constitucional* sobre todas leyes ordinarias, tanto federales como estatales, y el deber de todos los tribunales del país de no aplicar las leyes que estuvieran en contradicción con la Constitución (Grant, 1963, 30). Sin embargo, no previó la forma como los tribunales deberían cumplir este deber.

Esta cuestión fue abordada en la sentencia que dictó la Corte Suprema en febrero de 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*. El presidente de la República, John Adams, había nombrado jueces de paz, a finales de su administración, a William Marbury y a otras personas. Los nombramientos fueron aprobados por el Senado, pero no pudieron ser entregados físicamente a todos los designados. Al tomar posesión la nueva administración, el secretario de Estado, James Madison, siguiendo las instrucciones del presidente Thomas Jefferson, se negó a entregar los nombramientos. Cuatro personas, entre ellas William

Marbury, promovieron un *writ of mandamus* directamente ante la Corte Suprema, para que ordenara al secretario de Estado, James Madison, hacer entrega de los nombramientos. A través del *writ of mandamus* el demandante solicita al tribunal que emita un mandamiento judicial que ordene a alguna autoridad llevar cabo un acto determinado.

Aunque la sentencia, cuyo proyecto redactó el presidente de la Corte Suprema John Marshall, reconoció que Marbury tenía derecho a su nombramiento como juez de paz y que el no habérselo entregado constituía una grave violación a ese derecho, sin embargo consideró que el *writ of mandamus* se fundó en la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 (que preveía su procedencia), pero que estaba en contradicción con la sección 2 del art. III de Constitución, que solo atribuía a la Corte Suprema competencia para conocer en apelación (segundo grado) del *writ of mandamus*.

En la sentencia se planteó si para resolver esta contradicción debía prevalecer la Constitución o la ley ordinaria:

Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley

suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto, siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.

Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entrañan conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la Constitución (y) ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando

la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren (el texto de la sentencia se puede consultar en los sitios de Internet: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos30558.pdf>; y <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Marbury-vs.-Madison.pdf>).

Con base en lo que dispone el art. VI, párr. 2, de la Constitución de 1787 y los lineamientos de la sentencia de febrero de 1803, se conformó y desarrolló el sistema norteamericano de control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes (llamado *judicial review of legislation*). Las características principales de este sistema son las siguientes:

1. El deber de ejercer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes compete no sólo a la Corte Suprema, sino también a todos jueces del país, tanto federales como locales. Por eso este sistema se caracteriza como *difuso* o *descentralizado*. Todos los ór-

ganos jurisdiccionales tienen el deber de no aplicar aquellas leyes ordinarias que se encuentren en contradicción con la Constitución. La posible diversidad de criterios de interpretación constitucional emitidos por esos órganos jurisdiccionales se unifica en aquellos casos que llegan a la Suprema Corte, como tribunal de última instancia, porque el criterio que emita ésta deviene obligatorio para todos los jueces, en virtud del principio del *stare decisis et quia non movere* (estar a lo decidido y no mutar los puntos ya establecidos) o doctrina del *binding precedent* (precedente vinculante), que rige en la tradición jurídica angloamericana o del *common law* (Cappelletti, 1987, 71; y Ovalle, 2009, 116-121).

Como consecuencia de la *doctrine of binding precedent* o del *stare decisis*, normalmente la sentencia, por un lado, tiene *eficacia interna* o *intra partes*, pues obliga a las partes a cumplir con ella; las partes, como consecuencia de la autoridad de la cosa juzgada que puede adquirir la sentencia, no podrán proponer el litigio ya resuelto en otro juicio ni interponer medio de impugnación alguno en contra de la sentencia; y por el otro, tiene *eficacia externa*, ya que la regla de derecho (*ratio decidendi*) contenida en ella constituye un *precedente* aplicable a juicios posteriores cuyo litigio se ubique en el mismo

supuesto que sirve de base a tal regla (Farnsworth, 1979, 52).

Sin embargo, el precedente tiene diferente eficacia externa, de acuerdo con la jerarquía del órgano que emite la sentencia. Por regla, los precedentes derivados de las sentencias dictadas por la Corte Suprema son las que tienen fuerza vinculante para todos los demás órganos jurisdiccionales; los de los tribunales de apelación tienen fuerza vinculante tanto para éstos como para los órganos subordinados. Un tribunal de apelación no está obligado a acatar los precedentes de un tribunal inferior ni los tribunales de un Estado están sujetos a los precedentes de un tribunal de otro Estado. La eficacia se va reduciendo de acuerdo con la jerarquía de cada órgano jurisdiccional (Séroussi, 1998, 7).

Por último, la eficacia vinculante del precedente se refiere sólo a la regla de derecho que, con base en los *hechos*, se establece en la sentencia; a esa regla, enmarcada por sus respectivos hechos, es a lo que se llama *ratio decidendi* (razón de decidir) o *holding* (principio) (Farnsworth, 1979, 55).

2. En el sistema estadounidense no existe un proceso *ex professo* o especial para solucionar los conflictos constitucionales, sino que las cuestiones constitucionales se plantean en *incidentes* o

excepciones que la partes pueden hacer valer en los juicios naturales (civiles, penales, administrativos, etcétera) para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes invocadas por la contraparte, o a través de los *recursos* que interpongan. Grant afirma: “En suma la regla básica de nuestro sistema es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Esta se deciden cuando surjan en cada caso determinado, cualquiera que sea naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven” (Grant, 1963, 37)

3. Las sentencias que dicten los jueces y los tribunales ordinarios, en las que determinen que ley es contraria a la Constitución, no declaran la nulidad de la ley, sino que se limitan a ordenan que *no se aplique dicha ley*, y los efectos de tales sentencias se limitan a las partes, es decir, solo tienen eficacia *interpartes*, aunque las sentencias de los tribunales de apelación sí pueden establecer precedentes vinculantes para ellos mismos y para los órganos inferiores. Los precedentes que sostiene la Corte Suprema son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales, por su jerarquía y en virtud de la regla del *stare decisis*. Sin embargo, el principio del *stare decisis* sólo permite que la razón fundamental con base en la cual se

decidió una sentencia (*ratio decidendi*) se pueda aplicar en juicios posteriores, pero esto no significa que la sentencia tenga efectos generales.

4. Los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes se clasifican en *preventivos* o *a priori*, cuando funcionan antes de que se promulgue la ley, y *sucesivos* o *a posteriori*, cuando actúan una vez que la ley haya entrado en vigor o cuando se haya realizado un acto de aplicación de la misma. El sistema norteamericano es de carácter *sucesivo* o *a posteriori* porque se ejerce contra actos concretos de aplicación mediante incidentes promovidos en juicios naturales o a través de los medios de impugnación (Celotto, 2018, 20; Rousillon y Esplugas-Labatut, 2015, 44; Zagrebelsky y Marcenò, 2018, 92).

5. Los sistemas de control también se clasifican en *abstractos*, cuando se dirigen al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la disconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplicación, por lo que no se originan en un procedimiento judicial previo, ni tienen por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales; y en *concretos*, cuando la constitucionalidad de la ley es impugnada

como consecuencia de su aplicación específica en un procedimiento judicial, por considerar que esa aplicación es contraria a la Constitución y vulnera los derechos individuales de la parte que reclama (Celotto, 2018, 20; Favoreu y Mastor, 2016, 25-26; y Fromont, 1996, 42). Evidentemente el sistema estadounidense tiene carácter *concreto*, pues tiene su origen en los procedimientos judiciales de la competencia de los jueces y tribunales federales y estatales, y tiene por objeto el control de la constitucionalidad de las leyes cuando éstas se vayan a aplicar o se hayan sido aplicadas en tales procedimientos.

El sistema norteamericano ha ejercido su influencia particularmente en los países que han recibido la tradición jurídica del *common law*, como es el caso de Australia, Canadá, Nueva Zelanda y la República de Irlanda. También ha sido adoptado parcialmente por los Estados nórdicos, Grecia, Japón, Corea del Sur y algunos países latinoamericanos (Fromont, 2013, 31-409; Tamburrini, 2004, 237). Es claro que estos países no han reproducido literalmente el modelo estadounidense, sino que le han hecho las modificaciones necesarias para adecuarlo a sus propias condiciones políticas y jurídicas. Algunos autores llaman al sistema estadounidense, “sistema americano”, pero esta calificación es inexacta porque este sistema nació y

se desarrolló en los Estados Unidos de Norteamérica; en la mayoría de los Estados latinoamericanos que lo adoptaron no ha funcionado adecuadamente, por carecer de la tradición jurídica del *common law* y, sobre todo, del principio del *stare decisis*.

El sistema austríaco

Al finalizar la primera guerra mundial, como consecuencia de la derrota que las potencias centrales sufrieron frente a los aliados, el Imperio Austro Húngaro se disolvió y el 12 de noviembre de 1918 se proclamó la República de Austria, para cuyo gobierno se nombró canciller a Karl Renner y presidente de la República a Karl Seitz, ambos socialdemócratas.

El país originalmente se llamó República de Austria Alemana, pues se intentaba unir Austria con Alemania, pero el Tratado de Saint-Germain-en-Laye del 10 de septiembre de 1919, obligó a dejar el nombre en solo República de Austria.

Hans Kelsen ya había sido profesor universitario entre 1911 y 1914, antes del inicio de la primera guerra, pero en julio de 1918 fue nombrado profesor extraordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, (Métall, 1976, 35) donde formó la célebre Escuela de Viena. Aunque nuestro autor nunca se afilió a partido político alguno, sí tuvo relaciones personales con los círculos de intelectuales socialdemócratas, por lo que el canci-

ller Renner, tomando en cuenta el sólido prestigio académico de Kelsen, lo comisionó para que cooperara en la preparación definitiva de la Constitución de la República. El canciller Renner, quien estaba muy ocupado con las labores de su cargo, solo señaló a Kelsen dos lineamientos para el proyecto de Constitución: que se respetaran los principios fundamentales de la democracia parlamentaria y la descentralización política (Métall, 1976, 41).

Aunque nuestro autor tuvo que poner el proyecto de Constitución a consideración de diversos departamentos y funcionarios, su proyecto solo sufrió algunas modificaciones de escasa importancia. La parte que más le interesaba, la del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no tuvo modificaciones (Bongiovanni, 2003, 1998, 143; y Schmitz, 2003, 240).

Es claro que la formación y la obra académica de Kelsen influyeron evidentemente en el proyecto de Constitución. En 1911 ya se había publicado su libro *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Una de las bases esenciales para proyectar el Tribunal Constitucional fue, sin duda, la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico. Como es sabido, para este autor las relaciones entre las diversas normas que integran el orden jurídico se presentan a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho: “Este proceso no se limita a la sola

legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los órdenes estatales, sigue con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material” (Kelsen, 1974, 472).

Para el fundador de la Escuela de Viena, cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción del derecho frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior. La idea de regularidad, afirmaba, se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del derecho. La regularidad no es sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden. Por esta razón, concluye que garantías de la Constitución significa “garantías de regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes” (Kelsen, 1974, 474).

Por otro lado, es claro que el autor también tomó en cuenta, además, las orientaciones que le señaló el canciller Renner, así como la existencia de instituciones preexistentes como el Tribunal del Imperio establecido en 1867.

El Tribunal Constitucional creado por la Constitución Federal Austríaca de 1920 tiene como característica esencial la de ser un órgano jurisdiccional independien-

te, tanto del Parlamento como de la Administración Pública, al cual se atribuye la competencia exclusiva para ejercer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y de otras disposiciones legislativas y administrativas. El Tribunal constitucional, además, no forma parte de la jurisdicción ordinaria. El control que ejerce este tribunal es *concentrado* en el sentido de que lo hace en forma exclusiva, es decir, con exclusión de cualquier otro órgano del Estado. A diferencia del sistema estadounidense, en el que el control es *difuso* porque lo que puede ejercer cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria, en el sistema austríaco el Tribunal Constitucional es el único órgano del Estado facultado para ejercer ese control (Cappelletti, 1987, 60; Celotto, 2018, 22; Zagrebelsky y Marcenò, 2018, 89).

Kelsen afirmaba: “No es, pues, el Parlamento con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, una jurisdicción o tribunal constitucional” (Kelsen, 1974, 490). El propio autor señalaba que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es el principal objeto de la jurisdicción constitucional: “Son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las

que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional” (Kelsen, 1974, 493).

El Tribunal Constitucional se integraba por un presidente, un vicepresidente y doce magistrados. La Asamblea Nacional elegía al presidente, al vicepresidente y a seis de los magistrados con carácter vitalicio, en tanto que a los otros seis magistrados el Senado Federal. También se nombraban seis suplentes (Métall, 1976, 54; Fernández Segado, 2009, 116; Rousseau y Blachèr, 2020, 43). Este sistema de elección y el carácter vitalicio de los nombramientos aseguraban la independencia de este órgano jurisdiccional.

Actualmente, el Tribunal Constitucional se integra por un presidente, un vicepresidente, doce magistrados y seis suplentes. El presidente de la República nombra, a propuesta del gobierno, al presidente, al vicepresidente, a seis de los magistrados y a tres suplentes; también nombra a tres magistrados y dos suplentes, a propuesta en ternas formuladas por la Asamblea Nacional, y a los otros tres magistrados y suplente, a propuesta en ternas presentadas por el Senado (art. 147, párrafos 1 y 2 de la Constitución) (Favoreu y Mastor, 2016, 39).

Zagrebelsky y Marcenò afirman que el sistema de control concentrado busca un equilibrio entre dos principios, la supremacía de la Constitución y la fuerza de la ley, a través de lo que se ha definido como el *privilegio del legislador*. Este principio tiene dos aspectos: a) el legislador tiene “su”

juez que opera a través de procedimientos particulares creados especialmente para tomar en cuenta las características del control de la constitucionalidad de las leyes y de las exigencias políticas que dicho control implica; *b*) la ley es obligatoria para todos (incluidos los jueces), hasta que no sea declarada inconstitucional por el órgano exclusivamente competente para controlar su validez (Zagrebelsky y Marcenò, 2018, 88).

Las características de este sistema, son las siguientes:

1. Al igual como ocurre en el derecho estadounidense, el Tribunal Constitucional austríaco ejerce un control *sucesivo* o *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes, pues solo opera una vez que la ley o la disposición administrativa hayan entrado en vigor.
2. En el sistema austríaco se accede al Tribunal Constitucional en vía principal por medio de una *acción de inconstitucionalidad* que ejercen los sujetos legitimados y el Tribunal conoce de un *proceso constitucional*, a diferencia del sistema estadounidense en el que la cuestión constitucional se plantea por vía de incidentes o excepciones tramitados en los juicios ordinarios, ante los jueces federales o locales, o en los recursos que se promuevan, sin que exista un proceso constitucional específico.

En el texto original de la Constitución austríaca de 1920 los únicos sujetos legitimados para ejercer esta acción de inconstitucionalidad eran el Gobierno Federal para pedir el control de la constitucionalidad de las leyes de las entidades federativas (*Länders*), y estas últimas para el control de constitucionalidad de las leyes federales (Cappelletti, 1987, 90). En la reforma constitucional de 1929 se agregaron dos nuevos sujetos legitimados: el Tribunal Supremo (para las causas civiles y penales: *Obserster Gerichtshof*) y el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*). Sin embargo, la reforma no legitimó a estos dos órganos para ejercer una acción de inconstitucionalidad, sino para tramitar un incidente en los procesos ordinarios de los que conozcan, en los que se planteen cuestiones de inconstitucionalidad sobre una ley federal o estatal; incidente que deben someter al Tribunal Constitucional para su resolución, como una *cuestión prejudicial de constitucionalidad*, es decir, una cuestión previa a la sentencia que dichos órganos jurisdiccionales deben dictar para resolver los procesos o los medios de impugnación de los cuales están conociendo (Cappelletti, 1987, 91). Posteriores reformas constitucionales extendieron la legitimación a cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia y a cualquier persona que afirme haber sido directamente

perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual (art. 140, párrafo 1, de la Constitución de Austria) (Palomino, 2017, 653). Conviene aclarar que el texto original de la Constitución austriaca otorgaba legitimación a los particulares para impugnar ante el Tribunal Constitucional las resoluciones o decisiones de las autoridades administrativas, cuando el autor del recurso alegue haber sido lesionado por la resolución en un derecho constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley anticonstitucional o de un tratado internacional contrario a derecho (art. 144.1). Pero en este supuesto no se trataba en una impugnación de la ley por ser contraria a la Constitución, sino de un recurso en contra de un acto de aplicación de la ley anticonstitucional o del tratado internacional contrario a derecho. En este caso el Tribunal debía resolver exclusivamente sobre la validez del acto de aplicación (Herrera, 2011, 612; Olivetti, 2014, 43).

3. Las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran que una ley es inconstitucional tienen *efectos generales (erga omnes)*, de modo que anula el ordenamiento impugnado, el cual pierde toda

su eficacia frente a todas las personas, ya sea para el futuro o bien hacia el pasado, según el caso. Como señala con toda claridad Cappelletti: “La ley, una vez dictada la resolución de inconstitucionalidad, es quitada de en medio para todos, del mismo modo como si hubiese sido abrogada por una ley posterior...” (Cappelletti, 1987, 101).

Kelsen afirmaba que entre las medidas técnicas “que tienen por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y la más eficaz de la Constitución” (Kelsen, 1974, 489).

Como vimos anteriormente (*supra* 2.1, párrafo 3), en el sistema norteamericano las sentencias que dicten los jueces y tribunales ordinarios en las que determinen que ley es contraria a la Constitución, no declaran la nulidad de la ley, sino que se limitan a ordenan que *no se aplique dicha ley*, y los efectos de tales sentencia sólo se aplican a las partes, es decir, solo tienen eficacia *inter partes*, aunque las sentencias de los tribunales de apelación sí pueden establecer precedentes vinculantes para ellos mismos y para los órganos inferiores. Los precedentes que sostiene la Corte Suprema son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales, por su jerarquía y en virtud de la regla del *stare decisis* (Cappelletti, 1987, 99). Sin embargo, el

principio del *stare decisis* permite que la razón fundamental con base en la cual se decidió una sentencia (*ratio decidendi*) se pueda aplicar en otros procesos posteriores, pero esto no significa que la sentencia tenga efectos generales.

4. El sistema austriaco original es *abstracto*, ya que se dirige al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la disconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplicación, por lo que no se origina en un procedimiento judicial previo, ni tienen por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales. Sin embargo, la reforma constitucional de 1929, que facultó al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo para tramitar incidentes en los procesos ordinarios de los que conozcan, en los que se planteen cuestiones de inconstitucionalidad sobre una ley federal o estatal, los cuales debían someter al Tribunal Constitucional para su resolución, adicionó al sistema con el control *concreto*, al prever que la cuestión constitucional pudiera plantearse en incidentes tramitados en procesos ordinarios ante esos órganos jurisdiccionales, que versaran sobre la posible aplicación de una ley considerada inconstitucional. Esta modificación convirtió al sistema austríaco en híbrido (Cappelletti, 1987, 91).

5. La Constitución proyectada por Kelsen no solo creó el Tribunal Constitucional, sino que también estableció las bases para el Estado democrático y federal, que sustituyó al Estado monárquico, autocrático y centralista del Imperio Austro Húngaro. Pudo establecer un equilibrio entre las entidades federativas y la Federación, para lo cual otorgó competencia al Tribunal Constitucional para conocer de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias de un gobierno regional o del gobierno federal, respectivamente (art.140.1) (Öhlinger, 2003, 212).

Además, el fundador de la Escuela de Viena fue electo por todos los partidos de la Asamblea Nacional magistrado del Tribunal Constitucional, cargo que desempeñó de 1921 a 1930. En este último año, el gobierno social cristiano promovió una reforma constitucional que prácticamente suprimió al Tribunal Constitucional original y creó otro, con integrantes que no eran designados por la Asamblea Nacional, sino por el presidente de la República, en merma de su independencia. Las funciones de este segundo Tribunal Constitucional quedaron bloqueadas en 1933 por el avance del nazismo (Celotto, 2018, 14). Finalmente este tribunal desapareció con motivo de la anexión de Austria por la

Alemania nazi, en abril de 1938 (*Anschluss*) (Marcou, 1977, 57).

Sin embargo, después de concluida la Segunda Guerra Mundial, el original Tribunal Constitucional fue restablecido en Austria en 1945, conforme al proyecto de Kelsen. Este Tribunal sirvió como modelo al Tribunal de Garantías Constitucionales de la República Española (1931) (Alcalá-Zamora, 1944, 503; y Fernández Segado, 2009, 545), a los tribunales constitucionales de Italia (1947) y de Alemania (1949). Asimismo, el modelo de Kelsen fue acogido, en mayor o menor medida, por una buena parte de los países de Europa occidental (Chipre, España, Portugal y Bélgica (Celotto, 2018, 15), central y oriental (la ex Yugoslavia, Polonia, Hungría, Rusia), así como Bulgaria, Lituania, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Eslovenia, Croacia, Albania, Moldavia, Letonia y Estonia) (Favoreu y Mastor, 2016, 15; Groppi *et al.*, 2014, *passim*). Louis Favoreu sostiene que sin Kelsen los tribunales constitucionales no habrían existido jamás (Favoreu y Mastor, 2016, 7).

El modelo austríaco también ha ejercido influencia en algunos países latinoamericanos, como Guatemala, Colombia, Bolivia, Perú, Ecuador y Chile, aunque en ocasiones lo combinen con el control difuso (Fromont, 2013, 58; Fernández Segado, 2009, 295).

Es claro que cuando se afirma que el Tribunal Constitucional austríaco fue utili-

zado como modelo en otros países no se pretende sostener que ese modelo haya sido copiado textualmente en esos países, lo cual sería imposible, sino simplemente que sus lineamientos fundamentales fueron tomados en cuenta al momento de diseñar su propio tribunal constitucional, con las modalidades y las características propias de cada país.

Para poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano establecido en la Constitución de 1947, siguió el modelo del sistema austríaco pero introdujo varias innovaciones importantes, sobre todo al prever dos vías de acceso al tribunal: *a*) por *vía de acción*, de manera similar a lo dispuesto en la original Constitución austríaca, y *b*) por *vía incidental*, es decir, por medio de un incidente que puede surgir en cualquier proceso ordinario, cuando alguna de las partes considere que se va a aplicar una ley que estime inconstitucional, o el juez del proceso ordinario (al que se llama juez *a quo*) así lo estime. En caso de que la cuestión planteada sea relevante y no sea manifiestamente infundada, el juez suspende el proceso y transmitirá la *cuestión prejudicial de constitucionalidad* al Tribunal Constitucional para que la resuelva (Cappelletti, 1987, 95; Cellotto, 2018, 69; Zagrebelsky y Marcenò, 2018, 95). Conviene tener presente que el procesalista italiano Piero Calamandrei fue el autor de los proyectos de los títulos IV y VI de la parte segunda de la Constitución de la Re-

pública Italiana de 1947, relativos al poder judicial y al Tribunal Constitucional (Mezzanote, 1979, 149; Denti, 1979, 173).

En derecho procesal una cuestión prejudicial se presenta cuando el contenido de la sentencia que debe pronunciar un juez depende de la decisión que debe dictarse en otro proceso, de tal manera que la primera no podrá pronunciarse hasta que se emita la segunda.

Conviene aclarar que al sistema austríaco también se conoce como *sistema europeo*, por la gran difusión que ha tenido en ese continente (Favoreu, 1990, 51; Kelsen, 1981, 51; Rousseau y Blachère, 2020, 20).

El sistema francés

Con anterioridad se indicó (*supra* 2.1, párrafo 4) que los sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se clasifican en *preventivos* o *a priori*, cuando funcionan antes de que se promulgue la ley, y *sucesivos* o *a posteriori*, cuando actúan una vez que la ley haya entrado en vigor o cuando se haya realizado un acto de aplicación de la misma. La principal característica del ordenamiento francés es que combina el control preventivo con el sucesivo.

Durante muchos años la tradición jurídica y política de Francia fue reacia a establecer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, por considerar que, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispo-

nía que “la ley es expresión de la voluntad general”, la cual es manifestada por los representantes del pueblo en el Parlamento, no era posible que algún otro órgano del Estado pudiera determinar si una ley era o no contraria a la Constitución, pues ello equivaldría a infringir la voluntad general. La forma como se entendió en Francia el principio de la división de poderes, en el sentido de que los actos de los poderes legislativo y ejecutivo no podían ser juzgados por el poder judicial, contribuyó a conformar esa tradición (Fernández Segado, 2009, 109; Marcou, 1977, 109; Hurtado Martínez, 2012, 711; y Pardo Falcón, 1991, 244).

No fue sino hasta la promulgación de la Constitución de la V República, del 4 de octubre de 1958, cuando se creó el *Consejo Constitucional*, como órgano de control de la constitucionalidad de las leyes aunque su control en un principio solo era ejercido de modo *preventivo* o *a priori*, es decir, antes de que se promulgara la ley. Inicialmente la doctrina discutió si se trataba de un órgano jurisdiccional o de un órgano político (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 5; Fernández Segado, 2009, 338).

El antecedente inmediato del Consejo Constitucional fue el *Comité Constitutionnel* establecido en la Constitución de la IV República, del 27 de octubre de 1946, el cual “no constituyó una verdadera jurisdicción constitucional” y solo se reunió

una vez para conocer de un caso menor (Marcou, 1977, 112).

Este último autor afirma que, al lado del fortalecimiento de la presidencia de la República, la creación del Consejo Constitucional “constituye sin duda alguna la más grande mutación del sistema político francés” (Marcou, 1977, 108).

El Consejo Constitucional se integra por nueve miembros nombrados por nueve años, no renovables: tres por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Además de estos miembros, forman parte del Consejo los anteriores presidentes de la República como miembros vitalicios de pleno derecho. El presidente del Consejo es nombrado por el presidente de la República (art. 56 de la Constitución) (Abril y Gicquel, 2011, 15; Pinon, 2010, 53). La reforma de 2008 estableció que los nombramientos de los tres consejeros nombrados por el presidente de la República deben ser hechos “previo anuncio público de la comisión permanente competente de cada Cámara”; así como que el presidente de la República “no podrá proceder a un nombramiento cuando la suma de los votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los votos emitidos en el seno de las dos comisiones”. También dispuso que los nombramientos efectuados por el presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión

permanente competente de la Cámara respectiva (arts. 13 y 56 de la Constitución) (Hurtado Martínez, p. 718; Pinon, 2012, 53).

Como se indicó, originalmente el Consejo Constitucional ejerció su control solo con carácter *preventivo* o *a priori*. En este sentido, lleva a cabo un control sobre la constitucionalidad de la ley antes de su promulgación, control que es obligatorio en el caso de las *leyes orgánicas* (leyes que aplican o prolongan la Constitución), al igual que en el supuesto de los reglamentos de las asambleas parlamentarias; en tanto que ese control es optativo cuando se trate de leyes ordinarias. También ejerce el control preventivo de los tratados y compromisos internacionales, así como de los proyectos de ley que versen sobre la organización de los poderes públicos, la política económica, social y medioambiental de la Nación y los servicios públicos que concurren en ella, que vayan a ser sometidos a referéndum (arts. 11, 54, 56 y 61 de la Constitución) (Favoreu y Mastor, 2016, 96; y Fernández Segado, 2009, 357 y 402).

En un principio, solo estaban facultados para demandar el control de la constitucionalidad de las normas jurídicas mencionadas el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado (art. 61, párrafo segundo, de la Constitución). Era una legitimación activa muy limitada. La reforma constitucional de oc-

tubre de 1974 extendió esa legitimación a 60 diputados o a 60 senadores, con lo que se permitió a las minorías parlamentarias reclamar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas indicadas (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 32).

A partir de la reforma constitucional de 20 de julio de 1998, completada por la Ley Orgánica del 19 de marzo de 1999, concerniente a la Nueva Caledonia, fueron legitimados para impugnar leyes locales ante el Consejo Constitucional, las siguientes autoridades regionales: el alto comisario, el gobierno, el presidente del Congreso, el presidente de una asamblea de provincia o 18 miembros del Congreso (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 30).

Las sentencias que dicta el Consejo Constitucional tienen efectos generales o *erga omnes*. De acuerdo con lo que señala el artículo 62, párrafo primero, de la Constitución francesa, una disposición declarada inconstitucional por el Consejo en el procedimiento *a priori* o preventivo “no podrá promulgarse ni entrar en vigor” (Hurtado Martínez, 2012, 719; y Juan Pablo Sarmiento, 2016, 464).

El control preventivo o *a priori* que lleva a cabo el Consejo Constitucional tiene carácter abstracto, ya que se dirige al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la disconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplica-

ción, por lo que no se origina en un procedimiento judicial previo, ni tienen por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales.

En el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la creación de una jurisprudencia que es la base esencial para interpretar los derechos humanos reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 1958, “tal y como fueron definidos por la Declaración (de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003”. La jurisprudencia del Consejo ha desarrollado el concepto de “principios y reglas de valor constitucional”, para designar “el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”, como señala Louis Favoreu (1990, p. 46).

A su vez, con base en esta jurisprudencia, la doctrina ha elaborado la idea del “bloque de constitucionalidad”, la cual permite armonizar o unificar las diferentes categorías de normas constitucionales. Dentro de esta idea –sostiene el propio Favoreu– aparecen cada vez con mayor claridad las diferentes piezas del bloque de constitucionalidad, que tienden a “soldarse y a constituir un conjunto que no tiene nada que envidiar a las Constituciones

modernas de la posguerra, pues la verdadera Constitución francesa se presenta, en lo sucesivo, como portadora de una doble declaración de derechos (de la primera y segunda generación), repartidos entre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de (la Constitución de) 1946 y la Constitución de 1958, complementados por los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y un cuerpo de reglas relativas a las instituciones” (Favoreu, 1990, p. 59).

Lo esencial del Consejo Constitucional, como afirman Roussillon y Esplugas-Labatut, es la protección de los derechos fundamentales contra el legislador (2015, 63). El Consejo Constitucional ha ejercido su independencia y ha consolidado su carácter de órgano jurisdiccional desde la época en la que solo ejercía un control preventivo.

En el año de 2008 se inició el importante proceso de reforma que introdujo en Francia el control jurisdiccional *sucesivo* o *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes. Primero fue la revisión constitucional del 23 de julio del 2008, implementada por la Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009, la cual entró en vigor el 1 de marzo de 2010 (Fromont, 2015, 124; Carnota, 2013, 79). La introducción del control jurisdiccional *a posteriori* permitió extender el acceso de los justiciables al Consejo Constitucional, aunque no de manera directa (Roussillon y Esplugas-Labatut, 2015, 113).

El artículo 61-1 de la Constitución francesa, adicionado por la reforma de 2008, dispone lo siguiente:

Cuando con motivo de una instancia en curso ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica los derechos y las libertades que la Constitución garantiza, el Consejo Constitucional podrá conocer de la cuestión por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, (cuestión sobre la cual) se pronunciará en un plazo determinado.

Este precepto introdujo el procedimiento que se denomina cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionalité*; en forma abreviada QPC), el cual es regulado por la mencionada Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009. Este procedimiento es similar al incidente en el que se tramita la *cuestión prejudicial de constitucionalidad* en el derecho italiano (supra 1.2.3, parte final) (Hamon y Wiener, 2011, 44).

La cuestión prioritaria de constitucionalidad (en lo sucesivo QPC o *question*) es un incidente que cualesquiera de las partes puede interponer en el curso de un proceso ordinario (civil, penal o administrativo), para sostener que la disposición legislativa que se le pretende aplicar afecta los derechos y libertades que la Constitución le garantiza, y pedir que, con suspensión

del proceso hasta antes de que dicte la sentencia, el juez ordene se envíe el incidente al Tribunal de Casación (si el asunto es civil o penal) o al Consejo de Estado (si es administrativo), a fin de que decreten su remisión al Consejo Constitucional (Avril y Gicquel, 2011, 102; Favoreu y Mastor, 2016, 98; y Rousseau y Blachèr, 2020, 84).

La facultad de interponer la QPC se otorga solo a las partes, quienes pueden interponer este incidente en primera instancia o dentro de la sustanciación de los recursos de apelación o de casación. Aunque el juez *a quo* no puede hacer valer de oficio la *question*, sí le compete verificar que ésta cumpla con los requisitos para ser admitida y remitida al Tribunal de Casación o al Consejo de Estado. Esos requisitos son: *a)* que la disposición legislativa impugnada sea aplicable al litigio; *b)* que no debe haber sido declarada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional, y *c)* que la cuestión planteada debe tener carácter serio (Avril y Gicquel, 2011, 102; Favoreu y Mastor, 2016, 98; y Rousseau y Blachèr, 2020, 84).

El Tribunal de Casación o el Consejo de Estado, una vez recibido el expediente de la cuestión, debe revisar también los requisitos señalados en los incisos *a)* y *b)* del párrafo anterior, y, además, que la disposición legislativa plantee una “cuestión nueva” o “presente un carácter serio” (Avril y Gicquel, 2011, 107; Favoreu y Mastor, 2016, 99). Si la cuestión cumple con es-

tos requisitos, el Tribunal de Casación o el Consejo de Estado ordenan su remisión al Consejo Constitucional, quien conoce de la cuestión a través de un procedimiento regido por los principios de contradicción y de publicidad. Dentro del plazo de tres meses, el Consejo debe emitir su decisión motivada, en el curso de una audiencia pública, en la que previamente las partes exponen sus observaciones.

Las sentencias dictadas por el Consejo Constitucional en las cuestiones prioritarias de constitucionalidad, al igual que las que pronuncia al ejercer el control preventivo, tienen efectos generales o *erga omnes*. De acuerdo con lo que dispone el art. 62, párrafo segundo, de la Constitución, cuando una disposición legislativa sea declarada inconstitucional como resultado de una cuestión prioritaria de constitucionalidad, “será derogada a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse”.

Como es lógico, contra las decisiones del Consejo Constitucional no procede recurso alguno.

Al contrario de lo que ocurre con el control preventivo o *a priori*, que es *abstracto*, el control sucesivo o *a posteriori* es *concreto* en el sentido que la impugnación de la constitucionalidad de la ley se efectúa

como consecuencia de la posible aplicación específica de la ley en un procedimiento judicial, por considerar que esa aplicación es contraria a la Constitución y vulnera los derechos individuales de la parte que reclama.

Las principales características del sistema francés de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes son las siguientes:

1. Es un sistema que combina el control *preventivo* o *a priori* con el control *sucesivo* o *a posteriori*. Surgió tardíamente en relación con los demás sistemas europeos, pues se estableció hasta la Constitución de la V República, de 1958. Primero funcionó como un control preventivo o *a priori*, y solo estaban legitimados para demandar el control de la constitucionalidad de las leyes el presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional y el presidente del Senado. Era una legitimación activa muy limitada. La reforma constitucional de octubre de 1974 extendió esa legitimación a 60 diputados o a 60 senadores, con lo que se permitió a las minorías parlamentarias reclamar la inconstitucionalidad de las leyes.
2. Las sentencias que dicta el Consejo Constitucional tienen efectos generales o *erga omnes*, por lo que una

disposición legislativa declarada inconstitucional por el Consejo en el procedimiento *a priori* o preventivo no podrá promulgarse ni entrar en vigor.

3. El control preventivo que ejerce el Consejo Constitucional tiene carácter *abstracto* porque se dirige al control de la constitucionalidad de las leyes por medio de la verificación objetiva de la conformidad o la desconformidad entre la Constitución y la ley impugnada, prescindiendo de cualquier acto de aplicación, por lo que no se origina en un procedimiento judicial previo, ni tiene por objeto inmediato la tutela de los derechos individuales.
4. En el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la creación de una jurisprudencia que es la base esencial para interpretar los derechos humanos reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 1958: “tal y como fueron definidos por la Declaración (de Derechos del Hombre y del Ciudadano) de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003”. La jurisprudencia del Consejo ha desarrollado el

concepto de “principios y reglas de valor constitucional”, para designar “el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”.

5. La reforma constitucional de 2008 introdujo en Francia el control jurisdiccional sucesivo o a posteriori de la constitucionalidad de las leyes, que permitió el acceso de los justiciables al Consejo Constitucional, aunque no de manera directa. Con la adición del artículo 61-1 de la Constitución francesa, se introdujo el procedimiento al que se denomina cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité* o QPC), el cual es regulado por la Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009. Este procedimiento es similar al incidente en el que se tramita la cuestión prejudicial de constitucionalidad en el derecho italiano (*supra* 1.2.3, parte final).
6. La cuestión prioritaria de constitucionalidad es un incidente que cualesquiera de las partes puede interponer en el curso de un proceso ordinario (civil, penal o administrativo), para sostener que la disposición legislativa que se le pretende aplicar afecta los derechos y libertades que la Constitución le garantiza, y pedir que, con suspensión del proceso hasta antes de que dicte la sentencia, el

juez ordene se envíe el incidente al Tribunal de Casación (si el asunto es civil o penal) o al Consejo de Estado (si es administrativo), a fin de que ordenen su remisión al Consejo Constitucional.

7. La facultad de interponer la QPC se otorga sólo a las partes, las que pueden hacerlo en primera instancia o dentro de la sustanciación de los recursos de apelación o de casación. Aunque el juez *a quo* no puede hacer valer de oficio la *question*, sí le compete verificar que ésta cumpla con los requisitos para ser admitida y remitida al Tribunal de Casación o al Consejo de Estado. Esos requisitos son: a) que la disposición legislativa impugnada sea aplicable al litigio; b) que no debe haber sido declarada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional, y c) que la cuestión planteada no debe estar desprovista de carácter serio.

El Tribunal de Casación o el Consejo de Estado, una vez recibido el expediente de la cuestión, deben revisar también los requisitos señalados en los incisos a) y b) del párrafo anterior, y, además, que la disposición legislativa plantee una “cuestión nueva” o “presente un carácter serio”. Si la cuestión cumple con estos requisitos, el Tribunal de Casación o el Consejo de Estado ordenan su remisión al

Consejo Constitucional, quien conoce de la cuestión a través de un procedimiento regido por los principios de contradicción y de publicidad.

8. Las sentencias que dicta el Consejo Constitucional en las cuestiones prioritarias de constitucionalidad, al igual que las que pronuncia al ejercer el control preventivo, tienen efectos generales o *erga omnes*.
9. A diferencia del control preventivo o a priori que tiene carácter abstracto, el control sucesivo o a posteriori que el Consejo Constitucional ejerce es concreto, en virtud de que la cuestión prioritaria de inconstitucionalidad surge en un incidente que cualquiera de las partes interpone en el curso de un proceso ordinario, como consecuencia de la posible aplicación de una ley que vulnera los derechos y libertades que la Constitución garantiza. El sistema francés de control preventivo ha ejercido influencia en varios países africanos, sobre todo en aquellos que son francófonos o han compartido la cultura francesa, como Argelia (1976), Túnez (1959), Marruecos (1996), Mauritania (1991), Senegal (1992) y Camerún (1990), así como de Asia, como Líbano (1990) y Camboya (1993). En Europa lo han seguido Rumania (1991) y Moldavia (1994) (Fromont, 2013, 673).

REFLEXIONES FINALES

Hemos descrito las circunstancias históricas, las teorías jurídicas y políticas, las condiciones económicas y sociales, que impulsaron el surgimiento y desarrollo de los tres sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes estudiados, así como sus características principales. Estos se convirtieron en modelos, en la medida de que influyeron en la creación de sistemas control en otros ordenamientos. Pero es claro que cuando se dice que alguno o algunos de los modelos han sido utilizados por otros países no se pretende sostener que ese modelo haya sido copiado textualmente, lo cual sería imposible, sino simplemente que sus lineamientos fundamentales fueron tomados en cuenta al momento de diseñar su propio sistema, con las modalidades y características propias de cada país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (1933). *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, Reus.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (1944). *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina,.
- Avril, Pierre, y Gicquel, Jean (2011). *Le Conseil Constitutionnel*, 6^a ed., París, Montchrestien.

- Bongiovanni, Giorgio (1998). *Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milán, Giuffrè.
- Cappelletti, Mauro (1987). *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, trad. de Luis Dorantes Tamayo y otros, México, UNAM.
- Carnota, Walter F. (2017) “La segunda revolución francesa: la transformación del Consejo Constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 17.
- Denti, Vittorio (1979). “Il potere giudiziario”, en *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza.
- Celotto, Alfonso (2018). *La Corte costituzionale. Quando il diritto iudica la politica*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino.
- Favoreu, Louis (1990). “Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle”, *Annuaire International de Justice Constitutionnell*, París.
- Favoreu, Louis (1990). “El bloque de la constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 5.
- Favoreu, Louis, y Mastor, Wanda (2016). *Les cours consitutionnelles*, 2ª ed., París, Dalloz.
- Farnsworth, E. Allan (1979). *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti D’America*, trad. Renato Clarizia, Milán, Giuffrè.
- Fernández Segado, Francisco (2013). *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson.
- (2009a). “Conformación histórica de los sistemas de control de constitucionalidad”, en *La justicia constitucional*, t. I. Los sistemas de justicia constitucional, Madrid, Dykinson.
- (2009b). *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, t. II, *La justicia constitucional en Francia*, Madrid, Dykinson.
- (2009c). “El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española. La problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros”, en *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, t. III, *La justicia constitucional en América Latina y en España*, Madrid, Dykinson.
- Fix-Zamudio, Héctor (1992). *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- Fromont, Michel. (1996) *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz.
- (2013) *Justice constitutionnell comparée*, París, Dalloz.
- González Pérez, Jesús (1980). *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas.
- González-Trevijano Sánchez, Pedro José (2000). *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Elcano (Navarra).
- Grant, J. A. C. (1963). *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM.
- Groppi, Tania, Celotto, y Olivetti, Marco (2014) *La justicia constitucional en Europa*, trad. Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, Querétaro, Fundap.

- Hamilton, Madison y Jay (1957). *El Federalista*, trad. Gustavo R. Velasco, México, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica.
- Hamon, Francis, y Wiener, Céline (2011). *La justice constitutionnell en France et à l'étranger*. París.
- Herrera García, Alfonso (2011). "El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, ¿un elemento atípico?", en Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, t. I.
- Hurtado Martínez, Juan Antonio ((2012). "La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes", en *Revista de Derecho UNED*, Madrid, núm. 10.
- Kelsen, Hans (1974). "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", trad. de Rolando Tamayo y Salmerán, México, *Anuario Jurídico*, UNAM, núm. I.
- Kelsen, Hans (1981). "Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana", en *La giustizia costituzionale*, coordinada por Carmelo Geraci, Milán, Giuffrè.
- (1987). *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. Wenceslao Roces, México, Porrúa.
- Marcou, Jean (1977). *Justice constitutionnell et systèmes politiques. Etats-Unis, Europe, France*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble.
- Métall, Rudolf Aladár (1976). *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. Javier Esquivel, México, UNAM.
- Mezzanote, Carlo (1979). "La Corte Costituzionale: esperienze e prospettive", en *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza.
- Öhlinger, Theo (2003). "The genesis of the Austrian model of constitutional review of legislation", *Ratio Juris*, Norwich, vol. 16, núm. 2, junio de 2003.
- Olivetti, Marco (2014). "El Tribunal Constitucional austriaco", en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coordinadores), *La justicia constitucional en Europa*, trad. Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, Querétaro, Fundap.
- Ovalle Favela, José (2009). "Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y jurisprudencia", en *Proceso y justicia*, México, Porrúa/UNAM.
- (2016). *Teoría general del proceso*, 7ª ed. México, Oxford University Press.
- Palomino Manchego, José F. (2017). "El Tribunal Constitucional de Austria y su influencia en los ordenamientos latinoamericanos", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (coords.), *La Constitución y sus garantías: a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

- Pardo Falcón, Javier (1991). “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Madrid, núm.72, abril-junio de 1991.
- Rousseau, Dominique, y Blachère, Philippe (2020). *La justice constitutionnelle en Europe*, 4ª ed., París, LGDJ.
- Pinon, Stéphane (2010). “El sistema constitucional en Francia”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Madrid, año 7, núm. 14, julio-diciembre de 2010
- Roussillon, Henry y Esplugas-Labatut, Pierre (2015). *Le Conseil Constitutionnel*, 8ª ed., París, Dalloz.
- Sarmiento E., Juan Pablo (2016). “La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol.43, núm. 2, agosto de 2016.
- Séruossi, Roland (1998). *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, trad. Enrique Alcaraz Varó, Barcelona, Ariel.
- Georg Schmitz (2003). “The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920”, *Ratio Juris*, Norwich, vol. 16, núm. 2, junio de 2003.
- Tamburrini, Valentina (2004). “Los países con control difuso de constitucionalidad de las leyes. Grecia, Irlanda, países escandinavos”, en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coordinadores), *La justicia constitucional en Europa*, trad. Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, Querétaro, Fundap/ Instituto de Administración Pública de Guanajuato.
- Zagrebelsky, Gustavo, y Marcenò, Mariana (2018). *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, 2ª ed., Bolonia, Il Mulino.