

## **EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES**

### **Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana**

Hans Kelsen

#### **NOTA INTRODUCTORIA**

Prof. Francisco Fernández Salgado

El artículo que ahora reproducimos, obra de HANS KELSEN, ha sido traducido por el Profesor Dr. Domingo García Belaunde, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y uno de los más brillantes constitucionalistas de toda América Latina.

Cuando en 1980 entró en vigor la Constitución del Perú de 1979, hoy derogada por la de 1993, el Prof. García Belaunde, con la inquietud científica permanente que le caracteriza, propuso a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica la creación de dos nuevos cursos lectivos: uno sobre derechos humanos y el otro sobre garantías constitucionales. El fundamento de tal propuesta se encontraba precisamente en la Carta constitucional, cuyo art.º 22 estipulaba la obligatoriedad de la enseñanza sistemática de los derechos humanos en todos los centros de instrucción, civiles y militares, y en todos sus niveles. A partir de aquí, el Prof. García Belaunde consideraría, con toda razón, imperiosa la enseñanza de los derechos humanos a través de un curso especial, lo que, lógicamente, conllevaba como contrapartida la enseñanza de la parte procesal, también consagrada en el nuevo texto constitucional.

La propuesta fue acogida por el Decano de la Facultad, con la subsiguiente creación de ambos cursos. Dentro del curso sobre garantías constitucionales era de obligada referencia contemplar la evolución del control de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras, en íntima conexión con la obra de Hans Kelsen, el gran maestro vienés.

En este contexto se enmarca la recuperación del clásico trabajo de Kelsen "*Judicial Review of Legislation*", cuya traducción, llevada a cabo por el Profesor García Belaunde, se ofrece a continuación.

### **NOTA PRELIMINAR**

Prof. Domingo García Belaunde

De los grandes trabajos de Hans Kelsen, su clásico texto francés "*La garantie juridictionnelle de la Constitution*", publicado en 1928 en la *Revue du Droit Public*, fue vertido al castellano en 1974 por Rolando Tamayo y Salmorán, pero el texto comparativo publicado en los Estados Unidos en 1942, seguía sin traducir. Fue así como en el segundo semestre de 1988, dictando el curso de «Garantías constitucionales» uno de mis alumnos, el señor Carlos Alberto Lozano Malca me pidió un trabajo especial para el curso, y al saber que había vivido en los Estados Unidos, le di el texto de Kelsen para que lo tradujese. El señor Lozano hizo la traducción en forma oportuna y tiempo después emprendí su revisión. De inmediato constaté las dificultades que existen para traducir a Kelsen, no sólo por la especial estructura de su redacción, sino por los fundamentos teóricos de su pensamiento, y la dificultad de buscar correspondencias castellanas del inglés jurídico. Esto hizo inevitable que revisase nuevamente la traducción, introduciendo numerosas modificaciones y en veces rehaciendo párrafos enteros, para guardar una unidad de conjunto con la totalidad del pensamiento kelseniano. Terminada la tarea, comparé la nueva versión castellana terminada por mí, con la traducción italiana, que mi dilecto amigo Antonio La Pergola me había hecho conocer, publicada en un volumen colectivo por él prologado. La comparación con esta versión a un idioma latino, me fué útil, por la general equivalencia en la construcción y gran parte de los términos. Cuando la concluí (diciembre de 1990) tomé conocimiento de la excelente versión francesa efectuada por Louis Favoreu, que me apresuré en conseguir, y que me fué de sumo provecho para mejorar algunos aspectos de la traducción. En fin, si bien es cierto que no existe traducción inmejorable, al ofrecer por vez primera este texto de Kelsen en castellano, creo que cumplimos una importante labor de difusión de un autor clásico, y del cual se ha procurado ofrecer una versión ajustada al original. Los datos bibliográficos son los siguientes:

a) El texto original se publicó en *The Journal of Politics*, vol. 4, mayo de 1942, núm 2. pp. 183-200. El título es el siguiente: "*JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION. A comparative Study of the Austrian and the American Constitution*". A continuación

se agrega el nombre del autor, seguido de la siguiente frase: *Wellsley College*, en donde enseñaba Kelsen en ese momento.

b) La versión en italiano fué publicada con el siguiente título: *«Il controllo di costituzionalità delle leggi». Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*. El ensayo se encuentra incluido en el volumen siguiente: Hans Kelsen: *La giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano 1981, traducción de Carmelo Geraci y prólogo de Antonio La Pergola (págs. 301-313).

c) La traducción al francés es la siguiente: *«Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine»*. Traducción de Louis Favoreu. Publicado en la *«Revue française de Droit Constitutionnel»*, num. 1. 1990 (pp. 17-30).

Finalmente queremos agradecer al Instituto Hans Kelsen, de Viena, quien a través del profesor Robert Walter ha autorizado gentilmente la publicación de esta traducción.

## **El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana(\*)**

### **I**

La Constitución austriaca que aquí se analiza, es la de 1º de octubre de 1920, tal como estaba en vigor hasta el 1º de enero de 1930. En aquel día, el texto de la Constitución fue oficialmente publicado por decisión del Canciller austriaco en el *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* (la Gaceta Oficial en donde se publican obligatoriamente las leyes). Todas las enmiendas posteriores a 1930 no serán consideradas aquí, porque fueron decretadas bajo

---

(\*) Cfr. J.A. Grant, *Judicial Review of Legislation under the Austrian Constitution of 1920*, *The American Political Science Review*, Vol. 28, pp. 670-676 (1934); y Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Vol. 35, pp. 197-259 (1928).

un régimen semifascista y tenían la tendencia de restringir el control democrático de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución austriaca vigente de 1920-30, estableció garantías para asegurar la constitucionalidad, no sólo de las leyes, sino también de los reglamentos. Estos últimos eran normas jurídicas generales decretadas por los órganos administrativos y no por el Parlamento, o sea, el órgano legislativo. En Austria, como en otros países de la Europa continental, estos reglamentos desempeñaron un papel más importante que en los Estados Unidos. Había dos clases de reglamentos: reglamentos basados en las leyes, cuya función era desarrollar las leyes, permitiendo su aplicación; y reglamentos que, como las leyes, eran sancionados directamente «sobre la base de la Constitución», quiere decir, expedidos en lugar de las leyes. La importancia de los reglamentos se debe a la singular posición que ocupan las autoridades administrativas en los sistemas jurídicos de la Europa continental. Allí éstas tienen, en su capacidad de órganos aplicadores de leyes, el mismo rango que los tribunales. El acto administrativo tiene, en principio, el mismo efecto jurídico que una decisión judicial. Además, las autoridades administrativas, especialmente las más altas como el Jefe de Estado y los ministros, tienen el poder para expedir normas jurídicas generales, y estas normas, los reglamentos administrativos, tienen el mismo efecto legal que las leyes. Por lo tanto, las autoridades administrativas no sólo son órganos que aplican las leyes, sino que también crean derecho y disponen de una competencia que tiene el mismo carácter que el de los órganos legislativos.

Los reglamentos que son expedidos «directamente sobre la base de la Constitución», podrían ser inconstitucionales del mismo modo que las leyes. Los reglamentos expedidos «sobre la base de las leyes» serían ilegales si es que no se deducen de la ley. En cuanto que la Constitución prevé que los reglamentos expedidos sobre la base de las leyes tienen que guardar concordancia con éstas, la promulgación de un reglamento ilegal será una violación de la Constitución. La ilegalidad de reglamentos promulgados sobre la base de leyes, será de una inconstitucionalidad indirecta.

En tal sistema jurídico, el control de constitucionalidad de los reglamentos es aún más importante que el que se aplica a las leyes, pues el peligro de que los órganos administrativos excedan los límites de su poder

de crear normas jurídicas generales, es mucho mayor que el peligro de una ley inconstitucional.

Tan pronto como los órganos administrativos de los Estados Unidos, en el curso de su actual evolución política y económica, hayan logrado una posición jurídica similar a los órganos administrativos de la Europa continental, el problema de la constitucionalidad de los reglamentos desempeñará un papel mucho más importante en este país, de lo que ha sido hasta ahora.

## II

La constitucionalidad de las leyes (tomando este término en su más amplio sentido e incluyendo también la promulgación de reglamentos) puede ser garantizada de dos maneras diferentes: la responsabilidad personal del órgano que ha promulgado una norma inconstitucional y la no aplicación de la norma inconstitucional. La Constitución austriaca ha tomado en cuenta las dos. Sólo la segunda es de interés aquí. La no aplicación de la norma inconstitucional podría ser efectuada autorizando a los órganos que aplican las leyes para que verifiquen la constitucionalidad de la norma que tendrían que aplicar en un caso concreto, rehusando su aplicación si encontraran que la norma es inconstitucional. Esta es en principio la situación jurídica en los Estados Unidos.

El hecho de que el órgano que aplica las leyes, declare que una norma general es inconstitucional y no la aplique en un caso dado, significa que este órgano está autorizado a invalidar la norma general en un caso concreto; pero sólo para el caso concreto, pues la norma como tal —la ley, el reglamento— conserva su validez y puede, por tanto, ser aplicada en otros casos.

La desventaja de esta solución consiste en el hecho de que los distintos órganos que aplican las leyes, pueden tener diferentes opiniones respecto a la constitucionalidad de una ley (1), y que, por tanto, un órgano puede aplicar la ley porque la considera constitucional, mientras que otro puede negarse a aplicarla basándose en su alegada inconstitucionalidad. La ausencia de una

---

(1) La palabra "ley" será usada en adelante en un sentido amplio, comprendiendo también a los reglamentos, salvo que se efectue una expresa distinción entre ambos.

decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuando una ley es constitucional, —por ejemplo, si es que la Constitución es violada o no— es un gran peligro para la autoridad de la Constitución.

Antes que la Constitución de 1920 entrara en vigencia, los tribunales austriacos tenían el poder de verificar la constitucionalidad de las leyes solamente en cuanto se refería a la correcta publicación de éstas. El poder de los tribunales para apreciar la legalidad y la constitucionalidad de los reglamentos, sin embargo, no estaba restringido. El control constitucional de las leyes era por lo tanto posible sólo dentro de límites muy estrechos. Ensanchar esta institución fue una de las metas de la reforma constitucional de 1920. No se consideró aconsejable conceder a cada tribunal el poder ilimitado de apreciar la constitucionalidad de las leyes. El peligro arriba mencionado, de la falta de uniformidad en cuestiones constitucionales, era demasiado grande; porque en Austria, al igual que en otros países de Europa continental, las autoridades administrativas no tenían poder para verificar la constitucionalidad de las leyes y por lo tanto estaban obligadas a aplicar una ley aun si una corte, ejemplo, la Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*) hubiera declarado una ley como inconstitucional. Se debe agregar que en Austria, como en muchos otros países europeo-continentales, había otros tribunales además de los ordinarios, especialmente administrativos, que ocasionalmente tenían que aplicar las mismas leyes que los tribunales ordinarios. Por tanto, no estaba descartada una contradicción entre tribunales administrativos y tribunales ordinarios. El hecho más importante, sin embargo, es que en Austria las decisiones de la corte ordinaria más alta, la llamada *Oberster Gerichtshof*, en relación a la constitucionalidad de una ley o un reglamento, no tenían fuerza obligatoria sobre los tribunales o jueces de inferior jerarquía. Estos últimos no estaban impedidos de aplicar una ley que la *Oberster Gerichtshof* hubiera previamente declarado inconstitucional y que se hubiera, por tanto, negado a aplicar en un caso dado. La misma *Oberster Gerichtshof* no estaba obligada por la regla del *stare decisis*. En consecuencia, la misma ley que la Corte había declarado inconstitucional en un caso dado, podía ser declarada constitucional por la misma Corte y ser aplicada en otro caso distinto. Por estas razones, una centralización del control constitucional de las leyes era altamente deseable, en salvaguardia de la autoridad de la Constitución.

La Constitución austriaca de 1920, en los artículos 137-148, estableció esta centralización, reservando el control constitucional de las leyes a una

corte especial, el llamado Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Al mismo tiempo, la Constitución confirió a este Tribunal el poder de anular la ley que hubiera encontrado inconstitucional. No siempre era necesario anular la ley completa, si la previsión inconstitucional podía ser separada del resto del articulado de la ley; en esta hipótesis, el Tribunal podía anular sólo esta previsión. La decisión del Tribunal invalidando la ley o una parte de ella, lo era no sólo para el caso concreto, sino en general para todos los casos futuros. Tan pronto como la resolución judicial entraba en vigencia, la ley anulada dejaba de existir. La resolución judicial del Tribunal de anular era efectiva en principio sólo *ex nunc*; no tenía —con una excepción de la cual hablaré más adelante— fuerza retroactiva. Esta fuerza retroactiva difícilmente podría ser justificada, no sólo por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador (constitucional), y el legislador también estaba autorizado para interpretar la Constitución, aún cuando estuviese sometido en este aspecto al control judicial. Mientras el Tribunal no declare inconstitucional una ley, la opinión del legislador expresada en su acto legislativo, tiene que ser respetada.

La regla por la cual la decisión del Tribunal Constitucional que anula una ley no tiene fuerza retroactiva, tiene, sin embargo, una excepción. La ley anulada por el Tribunal ya no debe aplicarse a aquello que motivó el control constitucional y la subsiguiente anulación de la ley. Como este caso ocurrió antes de la anulación, ésta tenía, con respecto a dicho caso, un efecto retroactivo.

La sentencia de anulación se torna efectiva el día de su publicación, a menos que el Tribunal prevea una prórroga. Esta prórroga no podrá exceder de un año (art. 140, Par. 3) y le permite al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva y constitucional, antes que la anulación sea efectiva. Si el caso que diera ocasión al control constitucional de la ley fuera decidido antes que la anulación entrara en vigencia, la ley anulada tendría que ser aplicada a este caso. Entonces, la anulación no tendría efecto retroactivo tampoco respecto a este supuesto.

La decisión del Tribunal Constitucional por la cual una ley es anulada, tiene el mismo carácter que una ley que abroga otra ley. Es un acto de legislación negativa. Puesto que la Constitución confiere al Tribunal Constitucional una función legislativa, esto es, una función que en principio

estaba reservada al Parlamento, la Constitución austriaca de 1920, preveía que los miembros del Tribunal Constitucional fueran elegidos por el Parlamento a diferencia de los otros jueces, que eran nombrados por la Administración. El Parlamento austriaco estaba, de conformidad con el carácter federal de la Constitución, compuesto por una Cámara de Diputados (*Nationalrat*) y por el Senado (*Bundersrat*). En consecuencia, el Presidente, el Vice-Presidente y la mitad de los jueces del Tribunal eran elegidos por la Cámara baja, mientras que la otra mitad lo era por el Senado (art. 147). Esta forma de constituir el Tribunal, fue aceptada para que éste fuera lo más independiente posible de la Administración. Esta independencia era necesaria, porque el Tribunal tenía el control sobre los distintos actos de la Administración, especialmente el control judicial de los reglamentos expedidos por el Jefe de Estado, el Primer Ministro y los demás Ministros, y el poder de expedir estas normas era de la mayor importancia política. Por un mal uso de este poder, la Administración podría fácilmente suprimir al Parlamento y así eliminar la base democrática del Estado (2).

La reforma de la Constitución austriaca en 1929, no fue en lo sustancial dirigida contra el Tribunal Constitucional, porque hubiera un conflicto entre este último y la Administración. La enmienda no alteró la jurisdicción del Tribunal, sino que dispuso que sus miembros ya no fueran elegidos por el Parlamento, sino nombrados por la Administración. (Par. 65 de la Ley Federal de 7 diciembre de 1929, BGB 1 N° 392).

El antiguo Tribunal fue, de hecho, disuelto y reemplazado por uno nuevo, cuyos miembros, casi en su mayoría, eran partidarios del Gobierno. Este fue el comienzo de una evolución política que inevitablemente tenía que llevarlos al fascismo y que fue responsable de que la anexión de Austria por los nazis no encontrase ninguna resistencia.

---

(2) La utilización abusiva del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizaba al Gobierno a promulgar reglamentos, fue el camino a través del cual el carácter democrático de la República fue destruido en Alemania, y preparó el ascenso del nacional-socialismo al poder. Es de notar que la semifascista Constitución austriaca de 1934 fue sancionada por un reglamento del Gobierno (*Vdg.* v. 24. Abril, 1934, B.I.. 239).

### III

Aunque los tribunales en los Estados Unidos sólo tienen el poder para negarse a aplicar una ley que ellos declaran inconstitucional en un caso concreto, el peligro de una práctica contradictoria por los órganos que aplican las leyes, no es aquí tan grande como lo fue en Austria antes de que se estableciera el Tribunal Constitucional. En primer lugar, puesto que en este país (Estados Unidos) no hay órganos administrativos que sean independientes de los tribunales, la fuerza obligatoria de un acto administrativo (especialmente, un mandato, un decreto, etc.) depende en última instancia de la decisión de un tribunal al que el individuo involucrado en el acto administrativo puede apelar. Además, no hay tribunales administrativos distintos a los ordinarios. En tercer lugar, las decisiones de la Corte Suprema son obligatorias para todos los demás tribunales.

Puesto que los tribunales norteamericanos se consideran vinculados a las sentencias de la Corte Suprema, una decisión de esta Corte negándose a aplicar una ley en un caso concreto por ser inconstitucional, tiene prácticamente el mismo efecto que la anulación general de la ley. Pero la regla del *stare decisis* no es un principio absoluto. No está claro hasta qué punto se la reconoce como válida. Sobre todo se asume que no es válida en el caso de una interpretación de la Constitución. «Las cuestiones constitucionales siempre están abiertas a la investigación» (3). Por tanto, es posible que la Corte Suprema declare constitucional a una misma ley en un caso, e inconstitucional en otro caso y viceversa. Lo mismo es cierto en cuanto concierne a otros tribunales. Y, de hecho, tales casos han ocurrido (4). No se excluye tampoco la posibilidad de que un tribunal inferior, particularmente de un Estado, decida la cuestión de la constitucionalidad de una ley sin tener en cuenta un caso llevado a la Corte Suprema y que la Corte Suprema en otro caso, analizando la misma ley, adopte una decisión distinta. Entonces el principio de *res judicata* hace imposible al otro tribunal adaptar su decisión anterior a la de la Corte Suprema.

---

(3) *O.V. y S.K.R.R. v. Morgan County*, 53, Mo.156 (1873)

(4) Por ejemplo: *Denney v. State*, 144 Ind. 503, 42 N.E. 929 (1896); *McCollum v. McCobboughy*, 141 Iowa 172, 119 N.W. 539 (1909).

Es también objeto de controversia si la ley que la Corte Suprema ha declarado inconstitucional, tiene que ser considerada nula *ab initio*. Tal interpretación de la decisión de la Corte Suprema significaría que esta decisión anula la ley en general y con fuerza retroactiva, de manera tal que todos los efectos que la ley tuvo antes, son abolidos. Dentro de un sistema de derecho positivo no hay nulidad absoluta. No es posible caracterizar como nulo a priori (nulo *ab initio*) un acto que se presenta a sí mismo como un acto jurídico. Sólo es posible la anulación de un acto; el acto no es nulo, es sólo anulable. Porque afirmar que un acto es nulo no es posible sin otra decisión: responder a la pregunta de quién es competente para establecer la nulidad del acto. Desde que el orden jurídico —para evitar la anarquía— da poder a ciertas autoridades para decidir si un acto es nulo, esta declaración siempre tiene un carácter constitutivo, no declarativo. El acto es «nulo» solamente si la autoridad competente lo declara nulo. Esta declaración es una anulación, una invalidación. Antes de esta declaración el acto no es nulo, porque ser «nulo» significa que jurídicamente no existe. Y un acto debe existir legalmente, para que pueda ser objeto de juicio por la autoridad. La anulación puede ser retroactiva; y el orden jurídico puede autorizar a cada individuo que establezca la nulidad del acto, vale decir, anular el acto con fuerza retroactiva. Pero normalmente sólo ciertos órganos de la comunidad jurídica están autorizados para establecer la «nulidad» de actos que se presentan a sí mismos como actos jurídicos.

Es sobre todo imposible considerar una ley promulgada por un legislador constitucional como absolutamente nula o «nula *ab initio*». Sólo los tribunales tienen el poder de decidir la cuestión de si una ley es inconstitucional. Si otra persona se niega a obedecer una ley promulgada por el legislador porque cree que la ley es inconstitucional, está actuando bajo el riesgo de que el tribunal competente considere su conducta ilegal, si los jueces consideran que la ley es constitucional. Desde un punto de vista legal, sólo la opinión de los jueces es decisiva. Por lo tanto, la ley debe ser considerada válida mientras no sea declarada inconstitucional por un tribunal competente. Tal declaración tiene, por lo tanto, siempre un carácter constitutivo y no declarativo. Pero el acto por el cual un tribunal declara inconstitucional una ley, puede, de acuerdo con la Constitución, abolir la ley con fuerza retroactiva. En este caso, la decisión judicial tiene, como lo hemos dicho antes, el carácter de un acto legislativo. Los actos legislativos con fuerza

retroactiva son, sin embargo, difícilmente compatibles con la prohibición de la Constitución norteamericana, de acuerdo a la cual ninguna ley *ex-post facto* será aprobada. Pero esta interpretación que excluye la teoría «nula *ab initio*» no es generalmente aceptada.

Sin embargo, los particulares que consideran una ley inconstitucional, e inician un proceso judicial con el propósito de lograr una decisión judicial declarando inconstitucional esa ley, muy a menudo rehúsan obedecer la ley antes de que la sentencia sea dictada. Hacen esto confiados en que la sentencia tendrá efecto retroactivo. Incluso el Gobierno reconoce esa actitud que es sumamente cuestionable desde un punto de vista jurídico; el Gobierno mismo cuenta con el efecto retroactivo de una decisión judicial que declare inconstitucional una ley. Este fue, por ejemplo, el caso de un proceso que comprometía la constitucionalidad de la *Public Utility Holding Company Act* de 1935, cuya constitucionalidad fue cuestionada en un gran número de procesos judiciales. Las disposiciones de la ley fueron de hecho ignoradas por las partes interesadas desde el primer momento en que la ley entró en vigencia, mucho antes que la cuestión constitucional fuera decidida por los tribunales. ¿Cuál fue la actitud del Gobierno durante este tiempo?. El 9 de octubre de 1935, la Comisión de Valores y Cambios «promulgó su Regla 4 bajo el *Holding Company Act*, para que las empresas tenedoras de acciones pudieran registrarse bajo la ley y a la vez reservar todos sus derechos constitucionales o legales y además si esta reserva fuera considerada no válida, los registrados podrían escoger que su registro fuera considerado nulo. El 21 de noviembre de 1935, el fiscal general (*Attorney General*) dio orden a sus procuradores en todo el territorio para que no intentasen poner en vigencia las previsiones penales de la ley, hasta que su constitucionalidad fuera asegurada. El mismo día, el Director General de Correos notificó a todos los directores de correos que las compañías holding del Sector Público que no se registraran, tendrían, sin embargo, el derecho de continuar usando los servicios de correos hasta que la Corte Suprema hubiera finalmente determinado la validez de la ley» (5). Estas medidas fueron justificadas por la intención del Gobierno «de reducir al mínimo el gravamen del efecto

---

(5) Chester T. Lane: *The Litigation involving the Constitutionality of the Public Utility Holding Company Act of 1935*. Ponencia leída en la Reunión Anual de la Asociación norteamericana de Ciencia Política (*American Political Science Association*), 30 de diciembre de 1941.

retroactivo de una posible decisión final a favor de la constitucionalidad de la ley» (6). Se aplica un efecto retroactivo incluso a una decisión judicial que declara que una ley es constitucional. Esto significa que la opinión de cualquier particular concerniente a la constitucionalidad de una ley sancionada por el legislador, puede tener algún efecto legal sobre la validez de esta ley, si el particular disputa la constitucionalidad de esta ley en un proceso, y aún si tiene como resultado que la ley sea declarada constitucional. Es casi imposible definir con exactitud el efecto legal que tiene el hecho de que un particular cuestione la constitucionalidad de una ley en un juicio, en especial, el efecto legal sobre su validez durante el tiempo previo a la sentencia. La sola demanda judicial ni invalida ni confirma la validez de la ley. Lo único que podemos decir es que cualquier litigio en el cual se disputa la constitucionalidad de una ley, crea un período de duda e incertidumbre concerniente a la validez de la ley y a sus efectos jurídicos. Esto no es, desde el punto de vista de la técnica jurídica, nada satisfactorio.

Al no existir en la Constitución previsiones claras, todas las cuestiones concernientes al efecto de una ley inconstitucional pueden ser respondidas de modos contradictorios. Evitar esta incertidumbre fue una de las razones que llevaron a la centralización del control jurisdiccional de la ley en Austria y a investir en el Tribunal Constitucional, la competencia para abolir la ley inconstitucional en general, y no sólo para un caso concreto. La práctica actual en los Estados Unidos tiene la misma meta, pero la persigue por medios jurídicamente imperfectos.

La diferencia más grande entre la Constitución norteamericana y la austriaca radica en el procedimiento por el cual una ley es declarada inconstitucional por el órgano competente. De acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos, el control constitucional es posible sólo en el curso de un proceso, cuya meta principal no es precisamente el establecimiento de la inconstitucionalidad o de la constitucionalidad de una ley.

Esta cuestión sólo puede presentarse incidentalmente, cuando una parte sostiene que la aplicación de una ley en un caso concreto es una

---

(6) *Ibid.*

violación ilegal de sus intereses, porque la ley es inconstitucional. Por lo tanto, en principio, solamente la violación del interés de un particular pone en movimiento el procedimiento del control constitucional. El interés en la constitucionalidad de la legislación es, sin embargo, un interés público que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas.

Es el interés público el que merece la protección de un proceso especial, en conformidad con su carácter especial. Las desventajas que resultan por la falta de tal proceso son ampliamente reconocidas en la literatura jurídica norteamericana (7). La Ley de 24 de agosto de 1937 «para proveer la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, en apelación directa a la Corte Suprema Federal y la regulación de la expedición de *injunctions* en algunos casos referentes a la constitucionalidad de leyes del Congreso, y para otros propósitos» también reconoce el interés público en el control jurisdiccional de las leyes; pero sólo alcanza a las leyes federales. Esta Ley concede al Gobierno federal el derecho de intervenir en cualquier acción entre particulares y convertirse en una de las partes para la presentación de pruebas y argumentar sobre la cuestión constitucional, cada vez que la constitucionalidad de cualquier ley del Congreso que afecte el interés público, sea traída a discusión. La ley concede al Gobierno el derecho de recurrir ante la Corte Suprema una sentencia por la cual una ley federal es declarada inconstitucional y busca acelerar las decisiones finales de la Corte Suprema en tales casos. Finalmente, la Ley de 1937 busca prevenir la concesión de *injunctions* por un solo juez para impedir la aplicación de una ley del Congreso sobre la base de que su inconstitucionalidad ha sido alegada (8). Pero todo esto está previsto por la Ley de 1937 solamente para defender la validez de las leyes sancionadas por el Congreso, para hacer más difícil una decisión judicial por la cual una ley federal es declarada inconstitucional, pero no para promover la anulación de leyes inconstitucionales.

A la desventaja de que el control de constitucionalidad pueda operar sólo incidentalmente, esto es, en el curso de un proceso que sirve

---

(7) Cfr. Oliver P. Fiel : *The Effect of an Unconstitutional Statute*. (Minneapolis, 1935).

(8) Alexander Holtzoff, *The Judiciary Act of 1937*. Ponencia leída en la Reunión Anual de la Asociación norteamericana de Ciencia Política (*American Political Science Association*), 30 de diciembre de 1941.

principalmente para otros propósitos, hay que añadir otra desventaja que está conectada con el carácter federal de los Estados Unidos. El Gobierno federal puede iniciar un proceso legal contra un Estado en el curso del cual la constitucionalidad de una ley de un Estado puede ser disputada. Pero los Estados, aunque pueden ser enjuiciados por el Gobierno federal, no pueden enjuiciar a este último. Un Estado que desea que una ley federal sea declarada inconstitucional, puede lograr esto solamente por un rodeo legal; quiere decir, por una acción contra un funcionario federal; y además el interés del Estado como parte demandante debe ser algo más que un simple interés político o constitucional —por ejemplo, el Estado debe ser propietario o tener un interés en asuntos que son *res communes*—, etc.

Fue especialmente la experiencia constitucional de los Estados Unidos, la que influenció en la forma como se ha regulado esta cuestión en la Constitución austriaca. De acuerdo a esta Constitución se abrieron dos caminos que conducen a un control constitucional: uno directo y otro indirecto. Primero, una parte privada podía sostener en el curso de un procedimiento administrativo que uno de sus derechos concedidos por la Constitución había sido violado por un acto administrativo, porque este acto a su vez estaba basado en una ley inconstitucional.

La demanda podía ser presentada ante el Tribunal Constitucional, pero sólo después que el caso hubiera seguido todas las etapas del proceso administrativo hasta agotarlo. El Tribunal decidía la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley sólo incidentalmente. Pero el Tribunal instituía este proceso por propia decisión y sólo si tenía dudas sobre la constitucionalidad de la ley. Los particulares sólo pueden sugerir el control de constitucionalidad; no tiene el derecho de exigirlo.

En los procesos ante los tribunales, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes fue tratada de un modo diferente al de los reglamentos. La inconstitucionalidad de los reglamentos podía ser alegada por una de las partes en cualquier proceso judicial, pero el control constitucional se llevaba a cabo solamente si el Tribunal tenía dudas respecto a la aplicabilidad de la norma reglamentaria. El Tribunal tenía que paralizar este proceso en este supuesto y dirigirse al Tribunal Constitucional para la anulación del reglamento. El proceso ante el Tribunal Constitucional estaba dedicado únicamente a esta cuestión.

La inconstitucionalidad de las leyes podía ser demandada solamente ante el *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) o ante la *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa), porque solamente estas Cortes pueden interrumpir un proceso y recurrir al Tribunal Constitucional para la anulación de la ley, si es que dudaban de su constitucionalidad. La Corte Suprema y la Corte Administrativa proceden *ex officio*. Ellas no estaban obligadas a acceder a las respectivas peticiones de las partes.

Desde que el Tribunal Constitucional tiene también asuntos que decidir distintos a la constitucionalidad de leyes y reglamentos, este Tribunal también podía paralizar el trámite procesal en estos asuntos, si es que tuviese dudas respecto a la constitucionalidad de la ley o del reglamento que tenían que ser aplicados a dichos casos. La interrupción del proceso procede a fin de habilitar al Tribunal en un proceso especial para verificar la constitucionalidad de la ley o el reglamento respectivo.

En todos estos casos en los cuales el control constitucional era alcanzado en forma indirecta, los tribunales habilitaban ese procedimiento *ex officio*. Las partes podían solamente llamar la atención de los jueces sobre el problema de la constitucionalidad de las leyes o de los reglamentos. No tenían derecho a exigir tal proceso. Era exclusivamente el interés público protegido por los tribunales y no el interés privado de las partes, lo que resultaba decisivo desde el punto de vista procesal,

Si el Tribunal Constitucional declaraba que la ley sometida a su revisión era inconstitucional, la Corte que hizo la solicitud para la revisión, o el Tribunal Constitucional mismo, no podían aplicar la ley en el caso que diera motivo para la anulación de esta ley. En este ejemplo, la anulación tiene fuerza retroactiva, como ya lo hemos señalado. Esta fuerza retroactiva, excepcionalmente otorgada al juicio de anulación, era una necesidad técnica, porque sin ella, las autoridades encargadas de la aplicación de la ley (quiere decir, los jueces de la Corte Suprema y de la Corte Administrativa respectivamente) no hubieran tenido un inmediato y en consecuencia suficiente y convincente interés en provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Las autoridades que hacen la solicitud al Tribunal Constitucional para el control constitucional de una ley, tenían que saber que su solicitud, si es que lograba anular la ley, tenía un efecto inmediato sobre su propia decisión en el caso concreto en el cual ellos interrumpieron el proceso para obtener la anulación.

El camino directo que llevaba al control constitucional de las leyes era el siguiente: la Constitución autorizaba al Gobierno federal para pedir al Tribunal Constitucional la anulación de una ley estatal o reglamento decretado por una autoridad administrativa estatal; y los gobiernos de los Estados estaban asimismo autorizados a hacer tal solicitud para la anulación de una ley federal o de un reglamento sancionado por una autoridad administrativa de la Federación. Esta solución del problema se debía al carácter federal de la República austriaca. Por razones políticas era necesario reconocer que la Administración federal y las administraciones de los Estados se hallaban en condiciones de igualdad con respecto al control constitucional de las leyes. De acuerdo a la Constitución austriaca, las leyes federales no podían entrar en vigor, excepto con la colaboración de la Administración federal, y con la promulgación de la ley por el Presidente, pero sin la interferencia de la Administración de los Estados. Del mismo modo, las leyes de los Estados no podían entrar en vigor sin la colaboración de la Administración del respectivo Estado, pero podían hacerlo sin la interferencia de la Administración federal. Por tanto, era superfluo concederle a la Administración federal el derecho de cuestionar la constitucionalidad de las leyes federales y a las administraciones de los Estados la posibilidad de que plantearan la constitucionalidad de las leyes de los Estados. La Administración federal tenía que negarse a promulgar cualquier proyecto de ley votado por el Parlamento federal si es que ella consideraba este proyecto de ley como inconstitucional. El hecho de que una ley federal entrara en vigencia significaba que la Administración federal aceptaba la responsabilidad total por la constitucionalidad de la ley. Lo mismo era cierto para las leyes de los Estados con respecto a la administración de los Estados. Por lo tanto, era posible conceder a la Administración federal la iniciativa de plantear el control constitucional sólo de la legislación de los Estados y a la Administración estatal la iniciativa de plantear el control constitucional sólo de la legislación de la Federación.

#### IV

Cuando la Constitución de 1920 se elaboraba, otros dos métodos para poner en movimiento el control de constitucionalidad de las leyes fueron discutidos. El primero fue concederle a cada ciudadano el derecho de hacer

una petición directa al Tribunal Constitucional, que así quedaba obligado a examinar la validez de la ley. Era una especie de *actio popularis* en cuestiones constitucionales. La segunda posibilidad era la de crear en el Tribunal Constitucional la oficina de un Procurador General a cargo de la protección de la Constitución. Su función hubiera sido la de examinar todas las leyes federales y estatales y someter a la consideración del Tribunal Constitucional aquéllas de dudosa constitucionalidad. Ninguno de estos dos métodos fue aceptado. Con respecto a la protección de las minorías, una tercera posibilidad se puede mencionar: la proposición de conceder a una minoría el derecho de plantear la constitucionalidad de la ley adoptada por la mayoría, mediante una demanda hecha al Tribunal Constitucional.

Finalmente, quisiera mencionar dos dispositivos de la Constitución austriaca que pueden posiblemente ser de interés para los juristas norteamericanos. Cuando una ley es anulada en los Estados Unidos, surge la cuestión respecto a la situación legal creada por dicha anulación con relación al asunto que estaba regulado por la ley anulada. Debemos distinguir dos posibilidades: la primera es que la ley anulada ha regulado una materia que en el momento que la ley entró en vigor, no estaba todavía legalmente regulada. Por ejemplo: una ley que prohíbe la producción y venta de ciertos equipos de radio ha sido anulada. Antes que este ley entrara en vigor, la producción y venta de equipos de radio no estaba reglamentada por ninguna norma. Las personas eran completamente libres en este aspecto. La segunda posibilidad es que la ley anulada haya reemplazado a una ley anterior, o a una norma del *common law* que regulaba el mismo asunto. Por ejemplo, una ley por la cual la producción y venta de equipos de radio estaba prohibida, pero sancionada con penas muy leves. En el primer caso, la anulación de la ley tiene el efecto de restablecer el estado legal que existió antes de que la ley fuera abrogada. Pero esto no es así en el segundo caso. Aquí la situación legal que existió antes de la aprobación de la ley anulada, por ejemplo, la ley anterior regulando la producción y venta de ciertos equipos de radio, no es automáticamente restituida. La ley anterior, o la previa norma del *common law*, han sido derogados por la última norma, que a su vez fue anulada. Pero esta ley no es, como hemos señalado, nula *ab initio* sino sólo invalidada por una decisión de la Corte Suprema. Por medio de la anulación de la última ley que prohibía la producción y venta de ciertos equipos de radio, la producción y venta de estos equipos de radio queda exenta de toda reglamentación.

Este efecto de la anulación puede ser muy poco deseable y puede ir más allá del interés en el respeto y la estabilidad de la Constitución. En los casos donde una ley que ha sido anulada por ser inconstitucional, ha reemplazado a una ley anterior o a una norma del *common law* que regulan el mismo asunto, es mejor dejar que la primera ley o la previa norma del *common law* anteriormente validas, sean restauradas antes que tener un *status* legal que deja el asunto libre de toda regulación. El restablecimiento de la primera ley o de la anterior norma del *common law* no es posible sin una provisión expresa de la Constitución que atribuya este efecto a los fallos de nulidad del Tribunal. Para evitar semejantes situaciones, la Constitución austriaca contenía el siguiente dispositivo:

«Si por una decisión del Tribunal Constitucional una ley o una parte de ella han sido anulados sobre la base de su inconstitucionalidad, las normas jurídicas derogadas por la ley mencionada entran en vigencia simultáneamente con la decisión del Tribunal Constitucional, a menos que éste estipule lo contrario».

De esta forma, una decisión del Tribunal Constitucional por la cual no sólo una ley fue anulada sino también una norma anterior fue restaurada, no era sólo un acto negativo de legislación, sino uno positivo.

En la medida que concierne a la práctica norteamericana, quisiera llamar la atención de los juristas sobre la siguiente dificultad: si la teoría «mula *ab initio*» no es aceptada —y muchos abogados norteamericanos acreditados no la aceptan (9)— entonces es imposible mantener la opinión de que una decisión judicial por la cual una ley es declarada inconstitucional, tiene el efecto automático de revalidar una ley anterior. Si un tribunal norteamericano declara que la ley es inconstitucional y se niega a aplicarla en un caso concreto, el tribunal no tiene ninguna posibilidad legal de aplicar la ley anterior a ese caso. Sólo si la ley que fue declarada inconstitucional por el

---

(9) Por ejemplo, el *Chief Justice* Hughes en *Chicot County Drainage Distritic v. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371 (1940). La mejor formulación del problema puede encontrarse en: *Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick. 87 (Mass., 1834), en la pág. 96: «Puede ser, sin embargo, razonable que un acto formal de legislación, en estricta propiedad, sea declarado nulo; esto parece más consistente con la naturaleza del asunto, y con los principios aplicables a casos análogos que tratarlos como anulables».

Tribunal fuera nula *ab initio* (y esto significa que la ley ha sido anulada con fuerza retroactiva) la ley anterior o la preexistente norma válida del *common law*, serían aplicables.

Pero la ley declarada inconstitucional con efecto retroactivo, no podría derogar la ley anterior, o mejor dicho, el efecto derogatorio de la ley declarada inconstitucional ha quedado anulado. Pero la teoría «nula *ab initio*» es —como hemos señalado— incompatible con el artículo I, sección 9, párrafo 3 de la Constitución (norteamericana).

La otra provisión de la Constitución austriaca que puede interesar a los juristas norteamericanos, autorizaba al Tribunal Constitucional a dar una opinión consultiva sobre las solicitudes que efectuasen el Gobierno Federal o los gobiernos de los Estados. Este recurso, sin embargo, estaba limitado a la cuestión de si es que un cierto acto legislativo o de administración caía bajo la jurisdicción de la Federación o la de los Estados miembros. Si era una cuestión de competencia legislativa, la petición hecha al Tribunal Constitucional tenía que contener el proyecto de ley que estaba siendo estudiado por el Legislativo. Si era una cuestión de competencia reglamentaria del Ejecutivo, el pedido al Tribunal Constitucional debía contener:

a) El texto del proyecto de reglamento propuesto y el nombre de la autoridad que lo expediría, o

b) En el caso de tratarse de otros actos de la Administración, la determinación de los hechos con respecto a los cuales, el acto en cuestión sería expedido. (10).

En los Estados Unidos los abogados siempre se han opuesto a conferir a los tribunales el poder dar opiniones consultivas (11). Otorgar esta competencia a los tribunales es considerada incompatible con el principio de la separación de poderes. Pero este es un argumento contra toda la institución del control de la constitucionalidad de las leyes, que es una función legislativa y no meramente judicial.

---

(10) Art. 138, Par. 2 de la Constitución, Par. 53-56 de la Ley de 18 de diciembre de 1925, BGBl., n. 454.

(11) Cf. Felix Frankfurter, *Advisory Opinions*, en «*Encyclopedia of the Social Sciences*», vol. 1, pp. 475-478 (New York, 1927).