

CAPITULO PRIMERO

La influencia del sistema angloamericano en algunos países europeos.

- I. *La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes como aspecto de la racionalización del poder* 17
- II. *Sistema americano y sistema austriaco en la primera posguerra* 21

CAPITULO SEGUNDO

La justicia constitucional en el ordenamiento francés.

- I. *El Consejo de Estado como juez constitucional* 23
- II. *La vía de hecho* 31
- III. *La Corte de Casación como protectora de los derechos fundamentales* 32
- IV. *El Consejo Constitucional* 36
- V. *La Comisión de Salvaguarda de los Derechos y Libertades Fundamentales* 42

CAPITULO PRIMERO

LA INFLUENCIA DEL SISTEMA ANGLOAMERICANO EN ALGUNOS PAISES EUROPEOS

SUMARIO: *I. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes como aspecto de la racionalización del poder. II. Sistema americano y sistema austriaco en la primera posguerra.*

I. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes como aspecto de la racionalización del poder

1. Ya en los primeros años de este siglo, pero especialmente en la primera posguerra, surgió una fuerte corriente doctrinal favorable al establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, según el modelo angloamericano, corriente considerada por Boris Mirkine Guetzévitch como uno de los aspectos fundamentales de la racionalización del poder.¹

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

3. Inclusive en Francia, que por tradición se ha mostrado refractaria

¹Cfr. Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Las nuevas constituciones del Mundo*, Madrid, 1931, p. 41.

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

al sistema de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, se perfiló una tendencia doctrinal muy marcada para lograr el reconocimiento de la facultad de los tribunales judiciales de conocer y resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, tomando en cuenta de que no se prohibía esta atribución en las leyes constitucionales de 1875, y en este sentido se pronunciaron juristas de gran prestigio como Leon Duguit³ y Maurice Hauriou.⁴

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

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

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

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

⁵ Cfr. Dietze, Gottfried, "Judicial Review in Europe", en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, febrero de 1957, pp. 545-548; Cappelletti, Mauro y Adams, John Clarke, "Judicial Review of Legislation. European Antecedents and Adaptations", en *Harvard Law Review*, abril de 1966, pp. 1213-1224; Kommers, Donald, P., "Judicial Review: Its Influence Abroad", en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, Penn., noviembre de 1976, pp. 56-64. *Id.* *Judicial Politics in West Germany. A Study of Federal Constitutional Court*, Beverly Hills, California, 1976; Simons, Walter, C., "Relation of the German Judiciary to the Executive and Legislative Branches", en *American Bar Association Journal*, 1929, p. 762-769.

⁶ El texto de este precepto puede consultarse en la obra de Mirkine Guet-zévitch, Boris, *Les Constitutions Européennes*, tomo II, París, 1951, p. 487.

dad.⁷

6. También podemos mencionar que el sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes se estableció en el régimen constitucional de Rumania, de acuerdo con el artículo 103 de la Carta Fundamental de 29 de marzo de 1923, que lo confería únicamente a la Corte de Casación,⁸ pero esta atribución fue suprimida en cuanto Rumania se transformó en República Popular por influencia soviética en los términos de su Ley Fundamental de 17 de abril de 1948.⁹

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

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

Lo que significó que existiendo una Carta Constitucional rígida, diversa del estatuto flexible llamado “Albertino”, que estuvo vigente

⁷ McWhinney, Edward, “The Courts and the Constitution in Catholic Ireland”, en su libro *Judicial Review*, Toronto, Canadá, 2a. ed., 1969, pp. 156-173; Kelly, John M., “Protection of the Individual Against the Executive in the Republic of Ireland” en el volumen colectivo *Gerichtsschutz gegen die Executive* (Protección judicial contra el Ejecutivo), Köln, Berlín, Bonn, München, Dobbs Ferry-New York, tomo I, 1969, pp. 428-430.

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

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

hasta 1948, los jueces ordinarios podían desaplicar en cada caso concreto las disposiciones legales que estimaren contrarias a la Ley Suprema, es decir, el sistema de carácter difuso, incidental y particular que distingue, según la doctrina, a la justicia constitucional americana.¹⁰

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

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

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

¹¹Cfr. Castberg, Frede, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark" (La jurisdicción constitucional en Noruega y en Dinamarca), en el volumen ya citado, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, supra nota 2, pp. 418 y ss.; Wold, Terje, "El Comisario Parlamentario noruego para la administración civil", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, La Haya, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 27-28. Por otra parte y en cierta manera parece haberse implantado el sistema americano, combinado con el europeo, según se dirá más adelante, en el artículo 93, párrafo 4, de la reciente Constitución Griega de 9 de junio de 1975, cfr. Catsiapis, Jean, "La Constitution de la Grèce du 9 juin 1975", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, noviembre-diciembre de 1975, pp. 1597-1598.

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

II. Sistema americano y sistema austriaco en la primera posguerra

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

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

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

¹³Cfr. Mirkine Guetzévitsh, Boris, *Las nuevas Constituciones del Mundo*, cit., supra nota 1, pp. 32-35.

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

autorizan a esquematizar los instrumentos tutelares de los derechos fundamentales de la persona humana.

CAPITULO SEGUNDO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO FRANCES

SUMARIO: I. El consejo de Estado como juez constitucional. II. La vía de hecho. III. La corte de casación como protectora de los derechos fundamentales. IV. El consejo constitucional. V. La comisión de salvaguarda de los derechos y libertades individuales.

I. El consejo de Estado como juez constitucional

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

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

15. Este organismo de prestigio internacional tuvo su origen mediato en el Consejo Real y puede remontarse a la época del Imperio Romano, en su doble función de consejero jurídico y asesor en los fallos

del Emperador y del Monarca, pero toma su forma moderna en virtud de las leyes de 6, 7-11 de octubre de 1790, expedidas por la Asamblea Nacional.¹⁵

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

17. El Consejo de Estado francés fue obteniendo gradualmente independencia de la administración, a cuya esfera pertenece desde el punto de vista formal, tomando en cuenta que el desarrollo de la institución se perfecciona notablemente a partir de la Ley de 24 de mayo de 1872, que transformó el Consejo, en cuanto sus funciones judiciales, en un tribunal de jurisdicción delegada y con cierta autonomía para dictar sus fallos; y a partir de entonces, a través de una labor que puede calificarse de admirable, el propio organismo construyó una jurisprudencia ejemplar en la cual, como ha destacado la doctrina, se advierte un difícil equilibrio entre la audacia y la prudencia, que le ha permitido constituirse en un baluarte de particular frente a los actos y resoluciones de la administración.¹⁸

18. Otra etapa muy importante en la evolución de este organismo fue determinada por la Ley de 30 de septiembre de 1953, de acuerdo con la cual y en virtud del recargo extraordinario de labores del Consejo, se reorganizó totalmente la justicia administrativa, de tal manera

¹⁵Cfr. Letourner Maxime, “El Consejo de Estado francés”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

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

¹⁷Cfr. Sandevoir, Pierre, *Études sur le recours de pleine juridiction*, París, 1964, pp. 115 y ss.

¹⁸Cfr. Letourner, Maxime, “El Consejo de Estado francés”, *cit.*, *supra* nota 15, especialmente, p. 99.

que los Consejos de Prefectura, que actuaban como jueces de instrucción, se sustituyeron por tribunales administrativos de primera instancia, y a partir de entonces, el Consejo de Estado opera, salvo casos excepcionales, como tribunal de apelación, e inclusive como corte de casación cuando se impugna la legalidad de los fallos de ciertos tribunales administrativos, como el Tribunal de Cuentas, así como las resoluciones disciplinarias de los colegios profesionales, ya que con pocas excepciones, ningún acto o resolución administrativa escapa a su control.¹⁹

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

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

¹⁹Debe tomarse también en cuenta el Reglamento relativo a la organización y funcionamiento del Consejo de Estado, de acuerdo con el Decreto publicado el primero de agosto de 1963, y sus posteriores reformas según Decretos de 26 de agosto de 1975; *cfr.* Letourner, Maxime, *op. ult. cit.*, p. 100; Fromont, Michel, "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif", en el volumen *Gerichtsschutz gegen die Executive, cit., supra* nota 7, tomo 1, pp. 242-145; Auby, Jean Marie y Fromont, Michel, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne. Allemagne, France, Italie, Luxembourg, Pays Bas*, París 1971, pp. 198-203, sobre las reformas más recientes, puede consultarse el minucioso estudio de Auby, Jean Marie y Drago, Roland, "La réforme du Conseil d'État (Décrets du 26 août 1975)", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, noviembre-diciembre de 1975, pp. 1503-1523.

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

proyectos legislativos, atribución que se efectúa por cuatro secciones de carácter consultivo.

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

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

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

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

²²En relación con el derecho mexicano debe señalarse que los motivos de exceso y abuso de poder están consignados en el artículo 228 del Código Fiscal de la Federación, en cuanto establece que: "Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo: a) Incompetencia del funciona-

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

rio o empleado que haya dictado el acuerdo o que haya tramitado el procedimiento impugnado; b) Omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente deba revestir la resolución o el procedimiento impugnado; c) Violación de la disposición aplicada, o no haberse aplicado la disposición debida. . .” Por otra parte, el artículo 21 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, en su texto reformado por Decreto legislativo promulgado el 27 de diciembre de 1978 y publicado el 3 de enero de 1979, dispone que pueden ser impugnados los actos administrativos que las autoridades del Departamento del Distrito Federal dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar en agravio de los particulares, incluyendo los de carácter fiscal; y a su vez, el artículo 22 del mismo ordenamiento, establece como causas de nulidad de los actos impugnados: I. Incompetencia de la autoridad; II. Incumplimiento u omisión de las formalidades legales; III. Violación de la Ley o no haberse aplicado la debida, y IV. *Arbitrariedad, desproporción, desigualdad, injusticia manifiesta o cualquiera otra causa similar*. La bibliografía mexicana sobre el proceso administrativo, anteriormente sólo reducida al examen del proceso tributario, ha aumentado considerablemente en los últimos años, y en vía de ejemplo señalaremos las obras más significativas: Carrillo Flores, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México, 1939, cuya segunda edición lleva el nombre de *La justicia federal y la administración pública*, México, 1973; Nava Negrete, Alfonso, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959; Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal fiscal: el régimen federal mexicano*, México, 1974; Porras López, Armando, *Derecho procesal fiscal: doctrina, legislación, jurisprudencia*, México, 1969; Margain Manautou, Emilio, *De lo contencioso administrativo de anulación o ilegitimidad*, San Luis Potosí, 1969; Hedúan Virués, Dolores, *Las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*, México 1961; *Id.*, *Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971; González Pérez, Jesús, “La justicia administrativa en México”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, octubre-diciembre de 1972, pp. 751-815; Armienta Calderón, Gonzalo *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, 1977; Vázquez Galván, Armando y García Silva, Agustín, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal*, México, 1977.

²³El desvío de poder como motivo de nulidad de las resoluciones administrativas, está limitado en el procedimiento ante el Tribunal Fiscal de la Federación, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 228, inciso d) del Código Fiscal Federal, citado en la nota anterior, limitación que ha sido criticada por la doctrina. *Cfr.*, entre otros, Cortina Gutiérrez, Alfonso, “El control jurisdiccional administrativo de la legalidad de la facultad discrecional”, en el volumen colectivo *Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXV ani-*

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

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

27. Sin embargo, de manera *indirecta o mediata*, el mismo Consejo de Estado se ha convertido en el organismo más importante para la tutela de los derechos fundamentales de la persona, que como es bien sabido, al menos los de carácter individual, no están expresamente consagrados en las Cartas Fundamentales de 1875, 1946 -en cuyo preámbulo se consignan algunos derechos de carácter social- y la vigente de 1958, pero en las dos últimas se expresa la adhesión a los derechos del hombre definidos por la Declaración de 1789.²⁵

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

versario de la Ley de Justicia Fiscal, México, 1965, pp. 81-82; Hedúan Virués, Dolores, *Las funciones del Tribunal Fiscal*, cit., nota anterior, pp. 91-100; Nava Negrete, Alfonso, *Derecho procesal administrativo*, citado nota anterior, p. 343. Por el contrario, es mucho más amplio el concepto de desvío de poder, tratándose de facultades discrecionales, en el artículo 22 fracción IV, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, también mencionado en la nota anterior.

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

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

mo la fuente de principios generales de derecho aplicables por el mismo Consejo a las controversias sometidas a su conocimiento, y a través de estos principios se ha otorgado valor legislativo a la citada declaración de derechos de 1789, complementada en 1946.²⁶

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

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

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

32. Sin embargo, ha sido tal el prestigio internacional alcanzado por el Consejo de Estado, que ha influido directamente en la creación de Consejos de Estado similares, en varios organismos europeos, como son los de Bélgica, Italia, Grecia, Holanda y España hasta

²⁶Cfr. Batailler, Francine, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, París, 1966, pp. 144 y ss.; Letourner, Maxime, “El Consejo de Estado”, *cit.*, *supra* nota 15, pp. 114-115; Eissenmann, Charles y Hammon, Leo, “La juridiction constitutionnelle en droit français en el volumen ya mencionado, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, *supra* nota 2, pp. 284-285; Duverger, Maurice y Sfez, Lucien, *op. ult. cit.*, pp. 634-640.

²⁷*Op. ult. cit.*, pp. 63-155.

²⁸*Tratado de derecho procesal administrativo*, *cit.*, *supra* nota 2, tomo 1, pp. 294-295.

1904,²⁹ y también en América, en la legislación colombiana, y en cierta medida en la de Ecuador.

33. También se advierte la influencia del sistema francés, aun cuando todavía parcial, en la creación de tribunales fiscales en varios países latinoamericanos, entre los cuales pueden mencionarse los ordenamientos de México,³⁰ Argentina, Costa Rica, Ecuador y Venezuela, siendo posible incluir en este sector a Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, aunque no poseen tribunales especiales para esta disciplina.³¹

34. Por otra parte el citado Consejo de Estado no es el único organismo que tutela en forma indirecta los derechos humanos en el sistema francés, ya que esta noble función la comparte con la Corte de Casa-

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

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

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

ción y con el Consejo Constitucional.³²

II. *La vía de hecho.*

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

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

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

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

³³Cfr. Vedel, Georges, "La juridiction competente pour prevenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", en *Juris classeur périodique*, París, 18 de mayo de 1950, No. 851. Leclercq, Claude, "Le déclin de la voie de fait", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, julio-agosto de 1963, pp. 662-668; Dran, Michel, *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, París, 1968, pp. 226-258.

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

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

III. La corte de casación como protectora de los derechos fundamentales

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

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

³⁴Cfr. Leclercq, Claude, *op. ult. cit.*, pp. 682-683.

³⁵Cfr. Leclercq, Claude, *op. ult. cit.*, pp. 693-713.

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

te la ley, emanación de la voluntad general.³⁷

42. Es bien conocida la evolución de este organismo, que se transformó paulatinamente en el tribunal supremo, al independizarse del departamento legislativo según la Ley de 10. de abril de 1837, ya con el nombre y estructura actuales de la Corte de Casación francesa, y de ahí se fue extendiendo a casi todas las legislaciones en las cuales se advierte la influencia del derecho continental europeo.³⁸

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

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

44. En efecto, en virtud del artículo 66 de la Constitución vigente de 4 de octubre de 1958: “Nadie podrá ser preso arbitrariamente. *La au-*

³⁷ Cfr. Calamandrei, Piero, *op. ult. cit.*, tomo I, vol. II, pp. 35 y ss.; Chénon, Emile, *Origines, condition et effets de la cassation*, París, 1882, pp. 65-73.

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

³⁹ A esta tradición se refiere expresamente el distinguido constitucionalista francés Burdeau, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 18a. ed. París, 1977, pp. 112-113, a la que califica como “hostil” al control judicial; y en un sentido similar se pronuncia Engel, Salo, “El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la posguerra”, en *Revista Jurídica Interamericana*, Nueva Orleans, 1964, pp. 90 y ss.; por su parte, el tratadista italiano Bataglini, Mario, en su estudio “Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi que non hanno controllo”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, 1962, pp. 673-678, hace referencia a los diversos proyectos que se presentaron en la Asamblea Nacional francesa a partir de los últimos años del siglo XIX y los primeros del presente, con el objeto de establecer una Corte Suprema con la función de control de la constitucionalidad de las leyes, siguiendo el modelo americano, y entre ellas destaca el proyecto de Benoist, Charles, presentado el 28 de enero de 1903 y que se trató de resucitar sin éxito en varias ocasiones.

toridad judicial asegurará el respeto a este principio en las condiciones establecidas por la ley”.

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

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

47. Ahora bien, no obstante que en la exposición de motivos de la citada Ley 70-643, se afirmó que estos instrumentos resultan equiparables al *habeas corpus* angloamericano,⁴¹ en realidad, se trata de medidas de aseguramiento del inculcado dentro del proceso penal, pero no de una institución específica que permita examinar la situación del propio inculcado o de cualquier detenido, ante un juez di-

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

⁴¹Cfr. “Documents de l’Assemblée Nationale, Annexes aux procès verbaux des séances”, en el *Journal Officiel*, París, 23 de marzo de 1971, p. 1146.

verso del que tramita la causa o de la autoridad que hubiese ordenado o efectuado la detención o en otras palabras, no se configura un procedimiento autónomo de tutela constitucional de la libertad individual, como ocurre tratándose del *habeas corpus* en su dimensión propia.

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

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

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

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

ron.⁴³

51. No obstante lo anterior y en este campo restringido, se han presentado conflictos de atribución entre el Consejo de Estado y la Corte de Casación sobre la responsabilidad oficial en el caso de reclamaciones por detenciones arbitrarias y violaciones del domicilio efectuadas por funcionarios administrativos, y el Tribunal de Conflictos, que es el órgano encargado de dirimir este tipo de controversias, según se ha dicho, se ha inclinado, contra el parecer de la doctrina, por conferir al Consejo de Estado las reclamaciones dirigidas a exigir una indemnización al Gobierno, y a la Corte de Casación, la decisión de la controversia cuando la reclamación se endereza contra los funcionarios, debiendo citarse al respecto los casos muy comentados de *Dame de la Murette* (resuelto el 27 de marzo de 1952) y *Clément* (fallado el 16 de noviembre de 1964).⁴⁴

IV. El Consejo Constitucional

52. El Consejo Constitucional está regulado en los artículos 56-63 de la Constitución de 1958, con antecedentes inmediatos en el Comité Constitucional establecido por los artículos 91 y siguientes de la Ley Fundamental de 13 de octubre de 1946,⁴⁵ aun cuando sus orígenes pueden remontarse al Senado Conservador de la Constitución del 22 primario del año VIII ⁴⁶ y al Senado establecido por la Carta Cons-

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

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

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

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

titucional de 1852;⁴⁷ conformando el propio Consejo, un órgano político de control constitucional preventivo de las leyes expedidas por las Cámaras del Parlamento.⁴⁸

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

54. Los artículos 61 de la Constitución francesa de 1958 y 18 de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional, fueron objeto de una reforma fundamental por medio de los Decretos legislativos publicados el 4 de octubre y el 26 de diciembre de 1974, respectivamente, al establecer una instancia (*saisine*) ante el propio Consejo Constitucional para plantear la inconstitucionalidad preventiva de las leyes expedidas por el Parlamento, instancia que puede promover un grupo de parlamentarios, a través de uno o varios escritos, con la firma cuando

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

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

menos de sesenta diputados o de sesenta senadores. Esta reforma ha tenido una gran repercusión en el desarrollo de las funciones del referido Consejo Constitucional en la materia de protección de los derechos humanos, como se explicará más adelante.⁴⁹

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

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

57. Por otra parte, señalaba el mismo profesor Duverger, que el sistema de designación de los integrantes del referido Consejo Constitu-

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

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

⁵¹“De vrais juges constitutionnels”, en *Sélection hebdomadaire du journal Le Monde*, París, 8-14 de julio de 1971.

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

58. Sin embargo, estas apreciaciones relativamente pesimistas del profesor Duverger, expresadas, según se ha dicho, en el mes de marzo de 1971, no resultaron correctas, sino que, por el contrario, poco tiempo después se inició un cambio esencial en la actitud del Consejo Constitucional en diversas direcciones, pero especialmente en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que se acentuó considerablemente a partir de la mencionada instancia o promoción de grupos parlamentarios, establecida en 1974 (Ver *supra* número 54).

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

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

61. La resolución del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971.

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

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

62. Esta labor de Consejo Constitucional en beneficio de la tutela de los derechos humanos, se incrementó considerablemente, según se ha dicho con motivo de la instancia establecida en el año de 1974, ya que a partir de entonces varios grupos parlamentarios pertenecientes algunos a la mayoría gubernamental, pero predominantemente a la oposición, han acudido en varias ocasiones al Consejo para plantear la inconstitucionalidad de diversos ordenamientos expedidos por ambas Cámaras del Parlamento, que en su concepto infringían los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

63. Sería muy complicado efectuar una reseña, así sea superficial, de las numerosas resoluciones pronunciadas por el Consejo Constitucional francés a partir de la citada reforma de 1974, para la salvaguarda de los derechos fundamentales, por lo que nos limitamos a mencionar las que la doctrina ha estimado como de mayor trascendencia, y entre ellas se destaca la pronunciada el 15 de enero de 1975, con motivo de la instancia presentada el 20 de diciembre de 1974 por 77

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

diputados de la mayoría, en contra de la ley aprobada días antes por ambas Cámaras del Parlamento sobre la legalización del aborto terapéutico (*sur l'interruption volontaire de grossesse*), objeto de un gran debate público, y que el propio Consejo estimó conforme a los principios constitucionales.⁵⁴

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

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

66. La segunda decisión pronunciada según se ha dicho, el 23 de noviembre de 1977, con motivo del recurso intentado el 27 de octubre del mismo año por 65 senadores de la oposición (socialistas y de la izquierda democrática), en contra de varios artículos de la ley aprobada por ambas Cámaras del Parlamento francés el 25 de octubre anterior, modificando la llamada ley de Debré sobre libertad de enseñan-

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

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

za, e introduciendo disposiciones respecto a los profesores de las escuelas privadas. El referido Consejo Constitucional consideró que dicha ley no se oponía a los principios Constitucionales establecidos en el preámbulo de la Carta de 1946 sobre la enseñanza pública gratuita y laica, ni tampoco a la libertad de conciencia que se desprende tanto del artículo 10 de la Declaración de 1789 como del mismo preámbulo de la Ley Fundamental de 1946.⁵⁶

V. La Comisión de Salvaguarda de los Derechos y Libertades individuales.

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

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

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

70. Los miembros de la comisión, incluyendo al Presidente de la misma, estaban facultados, por mandamiento escrito de éste último, para acudir en todo tiempo a los lugares de detención de los gobernados, inclusive cuando eran retenidos administrativamente, y también para

⁵⁶Cfr. Favoreu, Louis, *op. ult. cit.*, pp. 830-834.

presenciar las diligencias de interrogatorios, audiencias y careos, y el propio Presidente podía designar, por mandato escrito, un representante para comisiones especiales, con las mismas facultades de los miembros titulares (artículo 5).

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

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

73. Los resultados de la gestión de la comisión mencionada no deben haber sido muy fructíferos, si tomamos en consideración que fue suprimida sin mayores explicaciones, por el Decreto número 63-79 de primero de febrero de 1963.⁵⁷

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