

Derecho procesal . . . . . 362

plena a las necesidades del consumidor de cualquier país del orbe. 2) El desacierto cometido, al dar cabida a la tesis objetivista. 3) Con un texto de tal índole, se beneficia a quien no lo requiere, los países con economías privilegiadas.

Pedro A. LABARIEGA V.

### DERECHO PROCESAL

ALMAGRO NOSETE, José, "Un precursor en España del moderno derecho procesal constitucional: el doctor Alvarado", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, núm. 1, 1981, pp. 7-20.

El conocido procesalista español, quien ha realizado valiosas aportaciones al campo del derecho procesal constitucional —disciplina que ha adquirido una gran importancia científica en esta segunda posguerra—, analiza con agudeza la excelente monografía del tratadista español José Alvarado, más conocido por su producción literaria que por la jurídica, y quien publicó en Madrid, en 1920 una monografía con el título de: *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, con una "carta-prólogo" del jurista y presidente del Tribunal Supremo, Felipe Clemente de Diego.

El comentario del profesor Almagro Nosete nos ha hecho reflexionar, como él lo hace con gran penetración, sobre este pequeño libro de 156 páginas —que leímos hace tiempo en la Biblioteca de la Suprema Corte de Justicia de México—, que constituye, como lo sostienen el mismo profesor Almagro, una obra de avanzada sobre el tema de la justicia constitucional en una época en la que el sistema americano, que confía a los jueces el examen de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, no se había aceptado en Europa continental, en la cual existía una tradición contraria, y que todavía no se reconoce en Inglaterra debido al principio de la supremacía del Parlamento.

Alvarado no utiliza en su obra la denominación de derecho procesal constitucional, sino que emplea la expresión "derecho procesal constituyente", debido a la orientación procesalista de su estudio —según se desprende de la misma carta prólogo de Clemente de Diego—, pero sin olvidar los aspectos de política constitucional.

Como lo afirma correctamente el profesor Almagro Nosete, la obra de Alvarado no ha merecido una excesiva atención bibliográfica, debido a que son las propias circunstancias del acontecer político español las que explican, con paréntesis pletóricos de esperanzadoras promesas, el cultivo esporádico del derecho procesal constitucional. Al respecto se debe tomar en cuenta que en el mismo año en el cual se publica el

libro de Alvarado se introduce en la Constitución austriaca un nuevo modelo de justicia constitucional inspirado en el pensamiento del ilustre Hans Kelsen —modelo que influyó decisivamente en la Constitución republicana de 1931—, pero sin que faltasen ingredientes del sistema americano: tomando en cuenta, por una parte, la introducción del recurso de amparo de garantías constitucionales, inspirado en la institución mexicana y divulgada en España por nuestro tratadista Rodolfo Reyes, y además por los efectos de desaplicación de las leyes inconstitucionales cuando el Tribunal de Garantías Constitucionales declaraba dicha inconstitucionalidad por violaciones de fondo.

El autor del comentario explica la inclinación de Alvarado por el sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, por su permanencia durante varios años en Cuba, recién independizada de España en 1898, y en la cual se entrecruzan las influencias del tradicional derecho hispánico con el derecho angloamericano, particularmente el de Estados Unidos, y por ello se establece el sistema de revisión judicial en el artículo 69 de la Constitución cubana de 21 de febrero de 1901, reglamentado por la ley de 30 de marzo de 1903 sobre la constitucionalidad de las leyes, la que abandona el control difuso imperante en el sistema estadounidense y atribuye al Tribunal Supremo la declaración de inconstitucionalidad de manera exclusiva.

El profesor Almagro Nosete señala que Alvarado no hace referencia al primer precedente que implica el artículo 77 del proyecto de Constitución Federal de la República española de 17 de julio de 1873, de acuerdo con el cual: "en caso de que el poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en Pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley", ya que su admiración se vierte sobre la citada ley cubana de 1903, a la que atribuye el espléndido resultado de la institución, y por ello propugna el establecimiento de un recurso de inconstitucionalidad en el derecho español, tomando como punto de referencia la obra de John Marshall, como presidente de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, al que considera más famoso en el derecho sajón que el mismo Papiniano ante los jurisconsultos de Roma.

Alvarado sostuvo que no se requería de un precepto expreso en la Constitución española de 1876, entonces vigente, como tampoco hizo falta en Estados Unidos, pero señaló que el Tribunal Supremo español había carecido de arrojo, pues el estudio de sus sentencias demostraba que había eludido de manera constante las declaraciones que hubieran conseguido cimentar y servir de guía a futuras controversias de inconstitucionalidad.

El mismo Alvarado propuso que en su desenvolvimiento práctico el citado recurso de inconstitucionalidad debía plantearse en la instancia civil o criminal y, en su caso, a través del recurso de casación contra el fallo de la Audiencia respectiva, ante el Tribunal Supremo, considerándolo como supuesto típico de infracción de ley, cuya interposición atribuye también al Ministerio Fiscal por el medio idóneo del recurso de casación en interés de la ley.

Estima el profesor Almagro Nosete que las ideas de Alvarado, que se inspiran también en los españoles Costas y Pontejos no cayeron en saco roto, aun cuando las soluciones que se adopten sean diferentes, tomando en consideración que cuando el gobierno dictatorial del general Primo de Rivera elaboró el proyecto de Constitución de 1929 propuso, en su artículo 44, que el Consejo del reino debía decidir como órgano de justicia constitucional, sobre los recursos de inconstitucionalidad y prohibió a los jueces ordinarios el examen de las citadas cuestiones de inconstitucionalidad; por otra parte, la necesidad implícita de rebatir las tesis del propio Alvarado llevan a propiciar un sistema mixto entre judicialista y político, que luego aparecerá con aspectos netamente políticos en el anacrónico recurso de contrafuero en la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, promulgada por Francisco Franco.

El interés por los estudios del derecho procesal constitucional se revivieron, y ahora con gran vigor, con motivo de la Constitución española de 29 de diciembre de 1978, en la cual se estableció un Tribunal Constitucional, así como los recursos de amparo y de inconstitucionalidad, si bien estos últimos con matices respecto de los introducidos por la Carta republicana de 1931, y por ello es que adquieren otra vez importancia las reflexiones de José Alvarado en su monografía comparativa de 1920.

Concluye el comentario del profesor Almagro Nosete con la certera afirmación de que el propio Alvarado ocupa un puesto de honor entre los precursores de la nueva ciencia del derecho procesal constitucional, en virtud de que propugnó en su tiempo por el establecimiento en España de un recurso de inconstitucionalidad angloamericano como medio de promover una conciencia jurídica que pudiera acoger con posterioridad un recurso "concentrado" en el órgano judicial supremo, de acuerdo con el modelo cubano de la legislación de 1903, y además su estudio de corte moderno contribuyó a promover la inquietud intelectual sobre una materia que prácticamente había caído en el olvido desde el proyecto de 1873.

CAPPELETTI, MAURO, " 'The Mighty Problem' of judicial review and the contribution of comparative analysis", *Southern California Law Review*, San Diego, Calif. vol. 53, núm. 2, enero, 1980, pp. 409-445. (" 'El formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado" [trad. de Faustino González] *Revista de Estudios Políticos* Madrid, núm. 13 (nueva época), enero-febrero, 1980, pp. 61-103.)

Este profundo estudio, pleno de sugerencias y agudas reflexiones, apareció contemporáneamente en su versión original en inglés y su traducción castellana y constituye una aportación más de las varias que ha realizado el distinguido jurista italiano sobre la palpitante cuestión de la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, no sólo en cuanto a los ordenamientos nacionales sino como está ocurriendo de manera creciente en Europa, respecto a las disposiciones jurídicas de carácter comunitario.

Como lo plantea con agudeza el autor, dicha cuestión de la revisión judicial, que surgió desde hace dos siglos en Estados Unidos con el famoso fallo de *Marbury versus Madison* (1803), está todavía sujeta a acalorados debates en Norteamérica; pero en Europa, no obstante su tradición contraria, se está imponiendo firmemente, tanto en los ámbitos nacionales como en el comunitario, ya sea en forma expresa como a través de vías indirectas, y para el análisis de esta situación deberá utilizarse el método jurídico comparativo, ya que es el único que nos permite la comprensión de este problema "formidable".

El profesor señala cómo en Francia, un país que se ha opuesto tradicionalmente a la revisión judicial por razones de carácter histórico, en época reciente adoptó la institución, si bien de manera indirecta o disfrazada, con el fallo del Consejo de Estado pronunciado el 26 de junio de 1959 en el caso *Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils*, en virtud de la separación de facultades legislativas establecidas por la Constitución francesa de 1958, entre las que corresponden al Parlamento (artículo 34), y aquellas que quedan comprendidas entre las atribuciones reglamentarias, que son materialmente legislativas (artículo 37).

En efecto, el citado Consejo estableció a partir de esta decisión una nueva orientación jurisprudencial, en el sentido de que está facultado para examinar la conformidad de las disposiciones legislativas expedidas por el Ejecutivo en uso de sus facultades reglamentarias en relación con un ordenamiento superior, definido de manera imprecisa, como los "*principes généraux*" consagrados o derivados de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y los Preámbulos (declaracio-

nes de derechos), de las Constituciones de 1946 y 1958, lo que ha determinado la justificada calificación del citado Consejo Constitucional como "juez constitucional".

Pero esta evolución hacia la revisión judicial también se advierte en relación con el Consejo Constitucional, que fue establecido con facultades restringidas de control previo de las leyes expedidas por el Parlamento, pero todavía no promulgadas por el presidente de la República, y con una legitimación limitada al mismo presidente, el primer ministro y los presidentes de ambas cámaras legislativas. Sin embargo, a partir de 1971, dicho Consejo Constitucional se transformó en un órgano protector de los derechos fundamentales derivados de los principios generales que había invocado con anterioridad el Consejo de Estado; función tutelar que se incrementó con la reforma de 1974 que amplió la legitimación para acudir ante el Consejo Constitucional por parte de un grupo de sesenta diputados o senadores, ya que a partir de entonces las decisiones del citado Consejo relativas a la protección de los derechos fundamentales han aumentado de manera notable, y por ello se ha discutido en la doctrina francesa el carácter jurisdiccional del propio Consejo Constitucional.

Esta tendencia se advierte también en la Corte de Casación, como órgano supremo del organismo judicial ordinario, que no obstante su actitud contraria al control judicial de las leyes en el ambiente interno, en el conocido asunto resuelto el 24 de mayo de 1975, *Administration des Douanes v. Société Cafès Jacques Vabre*, con apoyo en el artículo 55 de la Constitución de 1958 que establece la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes ordinarias, examinó la conformidad de dichas leyes internas respecto de las disposiciones establecidas en los tratados, especialmente las de las comunidades europeas, de manera que a partir de esta decisión, se estableció el principio de que los jueces franceses están obligados a desaplicar las disposiciones legislativas nacionales que se encuentren en conflicto con el derecho de los tratados en general y de los de carácter comunitario en particular, lo que constituye un sistema de control judicial que fue disfrazado por el procurador general ante dicha Corte de Casación, como una simple "interpretación".

Como es bien sabido, el control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas ha asumido en esta segunda posguerra una importancia fundamental en los ordenamientos constitucionales de Italia (1948), la República Federal de Alemania (1949), y Austria (1920, puesta en vigor nuevamente en 1945), al introducir o restablecer las Cortes o Tribunales Constitucionales, que se han distinguido por su

activismo judicial especialmente en el campo de la tutela de los derechos humanos.

El profesor Cappelletti señala con gran penetración los aspectos comunes de esta actividad protectora de los citados Tribunales Constitucionales, que debe considerarse similar a la adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en especial durante la presidencia de Earl Warren, lo que demuestra que posiblemente por primera vez en la historia humana, jueces de varios países, enfrentados a problemas significativos y controvertidos de carácter social, moral, político y religioso, han decidido valientemente que constituye su deber descubrir en la penumbra de las constituciones, los juicios de valor y los principios de estas materias.

A continuación, el notable comparatista italiano destaca el surgimiento de una revisión judicial de dimensiones transnacionales, primeramente en la llamada "Pequeña Europa de los Nueve" (Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux), y que ya había sido señalado con motivo de la decisión de la Corte de Casación francesa en el fallo *Société Cafés Jacques Vabre* (1975), pero que se inicia con otra sentencia famosa, la pronunciada en 1964 por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Costa v. Enel*, en el cual introdujo el principio de la superioridad del derecho comunitario respecto de los ordenamientos nacionales incluyendo las disposiciones de carácter constitucional interno, de manera que dicho derecho comunitario asume una posición similar al derecho federal respecto del derecho local en Estados Unidos, y que se vigoriza todavía más por la posibilidad, y en ciertos casos, por la obligación de los tribunales nacionales de consultar a la Corte Europea de Justicia con residencia en Luxemburgo, sobre la interpretación de las disposiciones comunitarias.

Además, debe señalarse que esta doctrina de la supremacía del derecho comunitario afecta también a los tres nuevos miembros de las Comunidades, es decir el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, y constituye un serio problema especialmente para el primero, ya que como es bien sabido dicho principio contraría la tradicional supremacía del parlamento británico, si bien la ley comunitaria de 1972 que regula el ingreso del propio Reino Unido a las citadas comunidades señala la aceptación por el nuevo miembro del principio de aplicación directa de las leyes comunitarias y de la jurisprudencia de la Corte Europea, que incluye la doctrina de la supremacía jurídica comunitaria.

El profesor Cappelletti analiza con gran penetración la extensión de la revisión judicial de carácter transnacional, no sólo a los países europeos de la "pequeña Europa", sino también a los veintitún miem-

bros del Consejo de Europa, (de Islandia a Chipre y de Suecia a Portugal), especialmente por lo que se refiere a la aplicabilidad de la Convención Europea de los Derechos Humanos suscrita en Roma en 1950, respecto de la cual no existe la doctrina de su aplicabilidad directa, pero que penetra en los ordenamientos internos de los citados países de acuerdo con sus propios sistemas jurídicos; pero que además posee instrumentos para lograr su imperatividad, especialmente la Comisión y la Corte Europeas de los Derechos Humanos, de acuerdo con su artículo 25, que ha sido aceptado por catorce de los veintiún países del Consejo de Europa: Austria, Bélgica, Dinamarca, la República Federal de Alemania, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia, el Reino Unido, y recientemente por España; si el impacto de dichos organismos no ha sido tan profundo en la vida europea, como por ejemplo el de los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania, su jurisprudencia está creciendo en virtud de que los habitantes de los países que han aceptado someterse a su jurisdicción se han percatado de que poseen un foro transnacional en el cual pueden denunciar la violación de los derechos consagrados en la Convención Europea por parte de las autoridades nacionales.

Si bien desde un punto de vista histórico el constitucionalismo y el federalismo deben considerarse como las dos fuerzas políticas que han conducido y provisto de justificación intelectual a la revisión judicial de la legislación, se ha presentado un posible conflicto entre ambas fuerzas en virtud de que los creadores de las Comunidades Europeas no consideraron necesario incluir una declaración de derechos en los tratados respectivos, y debido a esta omisión surgió el peligro de una confrontación entre las disposiciones comunitarias y las internas, que se hizo patente en mayo de 1974 con motivo de la resolución pronunciada por el Tribunal Federal Constitucional alemán (con votos disidentes de tres de sus miembros) en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, en el cual se estableció el principio de la inaplicabilidad del derecho comunitario, al menos en sus fuentes secundarias, si entraba en conflicto con la declaración de derechos establecidos por la Ley Fundamental de Alemania Federal.

Sin embargo, esta contradicción ha sido evitada por la misma Corte Europea de Luxemburgo, especialmente en dos fallos importantes: *Sauder v. City of Ulm* (1969) y *Nold v. Commission* (1974), en los cuales estableció que el derecho comunitario debía toma en cuenta las tradiciones, las disposiciones constitucionales internas y los tratados internacionales que consagran derechos humanos, de tal manera que el derecho comunitario, que debe considerarse por encima del derecho

interno, sin embargo está obligado a respetar un derecho superior, el relativo a los derechos humanos, que no puede identificarse con las disposiciones de las constituciones nacionales y con su tradición, sino más bien con un derecho no escrito de carácter comunitario, tendencia que culminó con la declaración conjunta sobre derechos humanos suscrita en Luxemburgo el 5 de abril de 1977 por el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión de las Comunidades, en la cual se expresó la necesidad de tomar en cuenta en el derecho comunitario las declaraciones de derechos derivados del Tratado de Roma y de las constituciones internas de los Estados miembros.

Consideramos muy acertada la conclusión del profesor Cappelletti, en el sentido de que se observa en los últimos años en Europa, no obstante el pluralismo de sus ordenamientos nacionales, un desarrollo que por varios caminos conduce a la adopción de varias formas de revisión judicial nacional y transnacional, constitucional y federal, movimiento que presenta asombrosa similitud con problemas, tendencias y principios tanto pasados como actuales de la revisión judicial de Estados Unidos, y que por este motivo europeos y norteamericanos tienen mucho que aprender recíprocamente y están obligados a desarrollar nuevos métodos e instrumentos así como a comparar problemas y soluciones, combinando sus esfuerzos para lograr una mejor comprensión de los problemas complejos de un mundo en proceso de integración.

Héctor FIX-ZAMUDIO

## HISTORIA DEL DERECHO

ARIAS BONET, Juan Antonio, "Sobre el senado consulto Hosidiano", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. L, 1980, pp. 375-382.

El autor procura esclarecer cuáles fueron los móviles que tuvieron los senadores para dictar el senado consulto Hosidiano, del año 44 d.C. Esta disposición establecía que eran nulas las ventas de un edificio cuando el comprador tenía el propósito de demolerlo y vender los materiales de construcción que extrajera. Además castigaba al comprador imponiéndole el pago de una pena por el doble del valor del edificio. La opinión común (por ejemplo Murga, *Protección a la estética en la legislación urbanística de Alto Imperio*, Universidad de Sevilla, 1976), siguiendo los motivos declarados por los autores del senado consulto, considera que la medida obedeció a que hubo una excesiva demanda