

# LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

## SUMARIO:

- I. *Significado e importancia de la Justicia Constitucional en el Estado actual.*—II. *Algunos presupuestos del tema:* II.1. Su delimitación. II.2. Perspectivas de la tutela jurisdiccional en la Justicia Constitucional. II.3. Algunos presupuestos funcionales y orgánicos de la J. C. L.—III. *El recurso constitucional:* III.1. Algunos datos del Derecho positivo sobre la materia. III.2. Breve consideración sobre su significado y alcance. III.3. El problema de la posición del recurso constitucional en el sistema de los medios de impugnación: la problemática regulación de su procedimiento de admisión: III.3.1. La opción del recurso directo: exposición y valoración crítica. III.3.2. La fórmula de la reclamación en vía incidental: exposición y valoración crítica. III.3.3. Una autorizada propuesta: el *Writ of Certiorari* en el recurso directo. III.4. Problemas en materia de legitimación: III.4.1. Legitimación activa: III.4.1.1. El particular problema de la legitimación activa de las formaciones o grupos sociales en el Derecho constitucional comparado. III.4.2. Interés para obrar. III.4.3. Algunos casos particulares del Derecho constitucional comparado en materia de legitimación. III.4.4. Conclusiones. III.5. El objeto del recurso.—IV. *La figura del juez constitucional de la libertad: reflexiones en torno a su problemática fisonomía:* IV.1. Algunas sugerencias de *lege ferenda*. IV.2. Particularidades del Derecho constitucional comparado en materia de tipología de sentencias. IV.3. Problemas finales.

## I

### SIGNIFICADO E IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO ACTUAL

Es ya sabido que el principal objeto de la justicia constitucional viene representado por el control de constitucionalidad de las leyes (1).

Ahora bien, no se puede reducir el ámbito de la llamada justicia constitucional a dicha función so pena de ignorar otras de sus estimables manifes-

---

(1) Cfr. el fundamental y ya clásico trabajo de HANS KELSEN, magistral arquitecto del llamado modelo europeo de Tribunal Constitucional, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1928. lvi, pág. 227, afirma taxativamente: «Ce sont les lois arguées d'inconstitutionnalité qui forment le principal objet de la justice constitutionnelle.» Confirma también, aunque más tenuemente, M. CAPPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel dititto comparato*, Milán, 1973, pá-

taciones (2), tales como: tutela de los derechos fundamentales frente a cualquier disposición de los poderes públicos, resolución de los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, enjuiciamiento de las actividades ilícitas de los titulares de órganos constitucionales (la llamada justicia política), control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos, además de posibles funciones contencioso-electorales o meramente declarativas. Y todas ellas sin olvidar su papel capital en el mantenimiento y garantía de los sistemas federales (3).

gina 4. Es precisamente KELSEN, como hace notar N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, el fundador de una nueva disciplina jurídica: el Derecho procesal constitucional, que se ha fomentado actualmente con la expansión de la justicia constitucional, fenómeno que el citado autor califica como una de las preocupaciones y tendencias de naturaleza procesal manifestadas durante los últimos veinticinco años. Cfr. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Méjico, 1970, pág. 215. Del mismo autor, *Veinticinco años de evolución del Derecho procesal, 1940-1965*, Méjico, 1968, pág. 143. Cfr., también de utilidad, H. FIX-ZAMUDIO: «Protección procesal de los derechos humanos», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1972, págs. 413 y sigs.

(2) Confirma M. CAPPALLETTI, uno de los mejores conocedores del tema a nivel de Derecho comparado, cuando dice: «Sembra invero opportuno precisare fin d'ora che il tema del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, non può identificarsi senz'altro con la giurisdizione o giustizia costituzionale, la *Verfassungsgenichtsbarkeit* dei tedeschi. E esso, al contrario, non rappresenta altro che uno dei vari possibili aspetti della cosiddetta "giustizia costituzionale", e sia pure uno degli aspetti certamente più importanti». En *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, cit., págs. 1-2.

(3) Un acertado esbozo del campo de actividad de la Justicia constitucional puede verse en RENÉ MARCIC: *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, págs. 90 y siguientes. Allí, se articula dicha actividad en siete funciones: 1. Grundrechtsschutz. 2. Schutz des inneren Friedens (Staatsgerichtsbarkeit und Kompetenzgerichtsbarkeit). 3. Staatsschutz, Sicherung der Demokratie und des Rechtsstaates: Strafgerichtsbarkeit. 4. Garant der Demokratie als Wahlhüter. 5. Die Seniorial-oder Konsiliargewalt des Verfassungsgerichts. 6. Verfassungsgericht als Auffanginstanz. 7. Gesetzes wächter und Hüter der Verfassung.

Para el problema de la delimitación del objeto de la jurisdicción constitucional sobre el vasto mosaico que ofrece el Derecho comparado, vid. H. MOSLER: «Le Colloque de Heidelberg sur la Jurisdiction Constitutionnelle», en *Verfassungsgenichtsbarkeit in der Gegenwart*, Colonia-Berlín, 1962, pág. XXXIV y sigs. El citado coloquio centró su atención alrededor de estos cuatro fundamentales temas: 1. La posición general de la jurisdicción constitucional en el cuadro de la Constitución. 2. El control de constitucionalidad de las leyes. 3. Los litigios entre órganos supremos del Estado y —en los Estados federales— entre el Estado federal y los Estados miembros. 4. Los recursos de los particulares por lesión de sus derechos constitucionales. Cfr. Op. cit., pág. XL. Vid., también, C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padua, 1969, pág. 1237. Cfr., al respecto, en nuestra doctrina, L. SÁNCHEZ-AGESTA: «El recurso de contra-

El desarrollo que la justicia constitucional ha experimentado desde la última postguerra es quizá una de las experiencias jurídicas más interesantes que ofrece el actual panorama del Derecho comparado. Entre los factores que han contribuido a este desarrollo podemos señalar los siguientes:

— Superación de la primitiva concepción mecanicista de la separación de poderes con la correlativa preferencia acordada al sistema de «checks and balance».

— Difusión de las estructuras constitucionales rígidas y con descentralización interna bien sea de base federal o regional (4).

— La extraordinaria fuerza expansiva del instituto del «judicial review» americano.

---

fuego y la protección del orden constitucional», en REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, número 181, 1972, pág. 7.

Hay que hacer notar cómo el tratamiento del tema a nivel teórico-conceptual está condicionado por el hecho de que no exista propiamente una institución general y común, bajo una u otra forma, de justicia constitucional. Y es así cómo el panorama que presenta el estado actual de la cuestión no permite decantar una suficiente y válida categorización del tema. La propia historia constitucional y política de cada país, los presupuestos ideológicos de cada sistema político, los diferentes sistemas jurídicos, lo relativamente reciente de su expansión y otros factores, han condicionado las múltiples y variadas soluciones del problema. Y tanto es así que como bien dice SÁNCHEZ-AGESTA «puede decirse que todos los sistemas de protección de la constitucionalidad de la ley son *sui generis*... Los órganos a los que se encomienda y los procedimientos a través de los cuales se realiza, son tan diversos que cabe dudar si nos hallamos ante la misma función y, desde luego, puede afirmarse que nos encontramos ante instituciones diversas...», en Op. últ. cit., pág. 6. Ahora bien, desde una perspectiva funcional del Derecho comparado se pueden hacer valiosas contribuciones al estudio de esta problemática como el citado *Coloquio de Heidelberg* ha puesto de relieve. Los trabajos del profesor MAURO CAPPELLETTI, director del Instituto de Derecho Comparado en la Universidad de Florencia, son también una preciosa contribución al estudio de este aspecto nuclear del actual Derecho público; cfr.: *La Giurisdizione costituzionale delle libertà* 1955; *Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit.; *Processo e ideologie*, 1969, etc. Cfr., también, H. FIX-ZAMUDIO: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, Méjico, 1968. Cfr., más recientemente, JOSEF SZABÓ: *Verfassungsgerichtshöfe in der Vergleichenden Rechtslehre*, en los Festschrift para ADOLF J. MERKL, Munich-Salzburg, 1970, págs. 393 y sigs.

(4) Cfr. C. MORTATI, Op. cit., págs. 1237-1238. El fundamental nexo que liga el Estado federal con la Justicia constitucional ya fue puesto de relieve por Kelsen muy expresivamente: «Die grösste Bedeutung aber erlangt die Verfassungsgerichtsbarkeit im Bundesstaat. Man geht nicht zu weit, wenn man behauptet, dass dessen politische idee rechtlich überhaupt erst mit der Institution des Verfassungsgerichts Vollendet wird.» Cfr. «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlín y Leipzig, 1929, páginas 81 y sigs.

— Las notorias disfunciones y transformaciones que ha sufrido la institución del Parlamento.

— La crisis del positivismo legalista con una cierta correlativa euforia «pan-judicialista» que se traduce en una relativa jurisdiccionalización de la actividad jurídica y estatal (se llega a hablar de un «Rechtsweg-Staat», de un «Rechtsprechungs-Staat») (5), desembocando en una función jurisdiccional con nuevos perfiles constitucionales.

---

(5) Aparte del ya clásico libro de C. SCHMITT: *Legalidad y legitimidad*, de obligada referencia en cuestiones de tipología estatal, cfr. el trabajo de H. JAHREIS: «Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung. Der Rechtsweg-Staat des Bonner Grundgesetzes», recogido en su libro *Mensch und Staat*, Colonia-Berlín, 1957, págs. 113 y siguientes. *Ivi*, pág. 123, habla de la vigencia en la ley Fundamental de Bonn del «Recht-vor-Gesetz-Denken» frente al «Gesetz-vor-Recht-Denken», y en pág. 126 afirma: «Ein Staat, der Rechtsprechung nicht nur gelegentlich, sondern grundätzlich als Rechts-Staats-Garantie einsetzt, ist ein Rechtsprechungs-Staat», *vid.*, también, páginas 128 y sigs. y el trabajo «Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsgericht», recogido en el mismo libro, págs. 135 y sigs. Cfr. también, RENÉ MARCIC: *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957. *Ivi*, pág. VI, afirma: «Der Weg vom Gesetzesstaat zum Richterstaat ist nicht nur eine Behauptung, eine These, sondern zumal eine Feststellung» y se insiste en que «Recht und Gesetz sind nicht dasselbe» analizando los presupuestos y la crisis del «Gesetzesstaat», *vid.* págs. 231 y sigs. Opino que MARCIC carga excesivamente las tintas, desorbitando el fenómeno apuntado en el texto con afirmaciones que no podemos compartir en todo su alcance, tales como: «Die politische Lebensform der Zukunft ist der demokratische, soziale Rechtsstaat —der "Rechtsprechungsstaat"— in dem sich demokratische Elemente (Legislative und Executive durch Parlament und Volk) mit aristokratischen (rechtliche Kontrolle durch das Gericht) verbinden. Der Richterstand ist die Staatspolitische Elite der Gegenwart, die Aristokratie von Morgen: wir sind unterwegs zum Richterstaat.» Ya en 1946, con motivo de una relación sobre los derechos públicos subjetivos a la Asamblea Constituyente italiana, aludía CONSTANTINO MORTATI a la posible alternativa entre un «Stato di legislazione» y un «Stato di giurisdizione», *vid.* el vol. I de su *Raccolta di Scritti*, Milano, 1972, página 605. Cfr. también en la misma línea doctrinal que la de los autores anteriores, si bien más matizada y certeramente que MARCIC y ceñido a la realidad constitucional de la ley Fundamental de Bonn, OTTO BACHOF: *Jueces y Constitución*, Madrid, 1963, que también alude al fenómeno de desconfianza frente a la ley que se observa en la conciencia jurídica popular. «Ciertamente es innegable que la ley no es sentida como valor por el pueblo», dice también expresivamente GUIDO FASSÒ en un espléndido y lúcido artículo: «Stato di Diritto e Stato di Giustizia», en *Riv. Int. di Fil. Dir.*, XI, 1963, pág. 94.

En la doctrina española, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha seguido atentamente la evolución del problema. Cfr. «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 30; «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (Poderes discrecionales, Poderes de gobierno, Poderes normativos)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, donde en nota 99, pág. 205, pone de relieve cómo «son hoy los juristas alemanes quienes destacan este punto de vista, que en otros tiempos fue propio del Derecho

— El paso de la soberanía parlamentaria a la soberanía de la Constitución: crisis de la concepción parlamentaria de la democracia y reforzamiento del principio de legalidad en todo Estado de Derecho: el deber de legitimidad constitucional (6).

— Búsqueda de una protección eficaz de los valores constitucionales en la democracia militante y consiguientemente la necesidad de instrumentos que consoliden y protejan el orden establecido (7).

---

anglosajón, con su idea de la «judicial supremacy»; «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 40, donde expone cómo «el último estadio de este gran proceso dialéctico por el que paulatinamente se van vaciando los grandes dogmas que condicionaban o se implicaban en la concepción positivista, ha sido la desvalorización moral y social de la ley como técnica de gobierno humano». Más recientemente vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA - TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, 1974, donde se alude y explica el citado fenómeno en distintas ocasiones, páginas 56, 65 y sigs., 70 y sigs. Cfr., también en el mismo sentido, M. F. CLÁVERO ARÉVALO: «Justicia constitucional y Justicia administrativa: Reflexiones sobre el recurso de contrafuero», en *Primeras Jornadas Administrativas de Galicia*, Santiago de Compostela, 1968, págs. 28 y sigs. Cfr., también, la espléndida monografía de G. TRUJILLO: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Universidad de La Laguna, 1970. Este autor considera también el fenómeno de la «crisis de la ley» como factor condicionante de la expansión y desarrollo de las técnicas de control de la actividad legislativa. Puede verse también nuestro trabajo «Consideraciones sobre el Estado de Derecho», en *REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, núm. 189-190, págs. 89-90. Hay que hacer notar, sin embargo, como observa S. CASSESE que la llamada crisis del positivismo jurídico y la correlativa atención sobre el papel creador de la jurisprudencia llevan a una especie de «jurisdiccionalismo» no menos criticable por el positivismo... En realidad, de lo que se siente necesidad es no tanto de sustituir la experiencia positivista por otro «approccio» también limitado, sino más bien de alargar la «cultura» del jurista: «Non si tratta di sostituire il giudice al legislatore nel ruolo centrale della creazione di norme, ma di riconoscere che ambito dell'attività del giurista è quello dell'analisi delle leggi e delle sentenze come quello della ricostruzione della formazione delle leggi e delle sentenze, come quello dell'accertamento del grado della effettività delle prescrizioni normative, come quello della progettazione e della azione riformatrice.» En *Imparzialità amministrativa e Sindacato giurisdizionale*, Milán, 1973, pág. 59, nota pie de página 1.

(6) Cfr. VEZIO CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II, 2, Padua, 1974, págs. 3-4, donde subraya como «rendere sindacabile la conformità delle leggi alla Costituzione... vuol dire estendere il principio di legalità agli organi legislativi nell'esercizio della funzione legislativa, e quindi alla legge formale, rafforzando al tempo stesso la garanzia dei diritti individuali, in quanto riconosciuti dalla Costituzione, ma ulteriormente disciplinati dalla legge».

(7) Confirma FIX-ZAMUDIO, Op. últ. cit., págs. 10 y 11. Este autor al justificar la denominación de «justicia constitucional» subraya el «carácter preponderantemente axiológico que persiguen los instrumentos que se han establecido para lograr la efecti-

En la base de casi todos estos factores coadyuvantes a la expansión del fenómeno que nos ocupa, está la concepción de la Constitución como *lex superior*, ampliamente difundida y que Cappelletti no duda en considerar como el gran «descubrimiento» del pensamiento moderno en el plano del Derecho constitucional y del Derecho público en general (8).

Este desarrollo de la justicia constitucional no podía por menos de producir una revitalización del Derecho constitucional, de su justa consideración como marco de todo el ordenamiento jurídico que en parte rememora aquella visión del mismo, como saber fundamental y propedéutico, que mantuvieran «clásicos» del constitucionalismo liberal como Pellegrino Rossi o Benjamín Constant. La jurisprudencia constitucional, tutelando la coherencia del sistema normativo a la luz de los principios y las normas constitucionales, va remodelando dinámicamente el ordenamiento jurídico. Esta compleja institución, claro exponente del rico arsenal institucional, orgánico y normativo del constitucionalismo, cumple además una importante función de legitimación y estabilización del sistema y representa un apreciable instrumento de defensa de las minorías en la actual sociedad pluralista. Colabora además en la función que la doctrina italiana llama de «indirizzo politico», supone un nuevo factor de equilibrio entre los ya tradicionales órganos constitucionales y significa también —como ha señalado Lucas Verdú— la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo (9). Todo ello sin olvidar la impor-

---

vidad de las normas fundamentales, ya que dichas normas contienen no sólo las bases de organización y funcionamiento de los organismos del poder, sino también, y de manera especial, los principios valorativos supremos, conforme a los cuales debe conformarse todo el ordenamiento jurídico»: Abunda en análoga idea CAPPELLETTI al sostener: «... Onde era inevitabile che, usciti dall'incubo della dittatura e della guerra, fossero per primi proprio i Paesi sconfitti a dettarsi una legge nuova e superiore, sottratta, nei limiti dell'umanamente possibile, tanto ai colpi di testa di maggioranze passeggera, quanto a nuovi attentati eversivi di avventurieri o di colonnelli; una "higher law" garantita da Corti speciali, riflettenti il nuovo spirito, la nuova ansia, la nuova speranza in una nuova *constitutional justice*», en «Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo», en su libro *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969, págs. 490 y págs. 494-496, además del prólogo de la obra de este mismo autor citada en nota (1). Cfr. también, J. FUEYO: *Estudios de Teoría Política*, Madrid, 1968, pág. 84.

(8) Cfr. M. CAPPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, cit., pág. VII.

(9) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: «Problemática actual de la justicia constitucional y del exámen de constitucionalidad de las leyes», en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, Universidad de Salamanca, núms. 16-19, 1957, págs. 99 y sigs. Allí pone de relieve la función integradora de la justicia constitucional y su colaboración en la realización de la fórmula política y los valores jurídicos contenidos en la Constitución. Ya en la doctrina española, y sobre todo con la literatura que surge en torno al

tante tarea que se le asigna al juez constitucional, en el momento presente, para concretizar y hacer operativas las formulaciones constitucionales; nos referimos al fenómeno que Cappelletti ha designado como la función de concreción creativa del juez constitucional. Para el citado autor lo que él denomina época de la «Constitutional justice» aparece como síntesis dialéctica y superadora de las etapas de «natural justice» y «legal justice» dentro de una esquemática pero expresiva evolución de la historia jurídica universal (10).

Para sintetizar en pocas palabras el alcance y significado de toda la vasta y compleja problemática que se alberga bajo el rótulo de justicia constitucional, hay que decir, con la doctrina más moderna y relevante, que esta institución representa el coronamiento del Estado de Derecho. «Judicial Review» y «Rule of Law» o «Verfassungsgerichtbarkeit» y «Rechtsstaat» son expresiones que aluden a fenómenos jurídico-políticos en inescindible y necesaria conexión. Que al lado y después de la justicia administrativa representa una importante etapa en la evolución de los controles jurisdiccionales de los poderes públicos es algo que resulta bastante obvio.

Si bien la institución ha pasado en el continente europeo por vicisitudes de distinto signo hay que señalar cómo ya en la Alemania de Weimar un autor tan significativo como Hugo Preuss, enlazando con el pensamiento de

---

recurso de contrafuero, se plantea también la conveniencia de una fiscalización jurisdiccional de las leyes. Cfr. J. M. BOQUERA OLIVER: «El valor jurídico de las leyes ordinarias», en REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, núms. 169-170, 1970, págs. 158 y siguientes. A este respecto dice ALMAGRO NOSETE: «Pero nos preguntamos si no ha llegado el momento de reflexionar con vistas a una ordenación futura, acerca de si el límite de la ley como "techo" de la jurisdicción no ha quedado sobrepasado en consonancia con las exigencias y necesidades de la sociedad presente. Nos interrogamos sobre si no sería conveniente pensar en atribuir a órganos jurisdiccionales algunas funciones de control de la constitucionalidad con alcance no sólo formal sino también material.» En su comunicación sobre «Fiscalización de la constitucionalidad de las leyes», a la VIII Reunión Anual de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas (Valencia, mayo de 1972), donde se llegó precisamente, entre otras, a la siguiente conclusión: «Es deseable la instauración de un Tribunal de carácter judicial para la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes.» Cfr. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1972, págs. 30 y 261. Cfr., también, J. DE ESTEBAN: *Desarrollo político y Constitución española*, Barcelona, 1973; pág. 462; A. PÉREZ GORDO: «El control de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho positivo español», en *Rev. Jur. de Cataluña*, 1972, núm. 3, págs. 83 y sigs.; L. SÁNCHEZ AGESTA: *La función constitucional del juez*, Madrid, 1967, págs. 50 y sigs., y en este mismo libro la opinión de YANGUAS MESSÍA, págs. 63-64.

(10) Cfr. *Processo e Ideologie*, cit., págs. 485 y sigs.

Gneist, defendió un verdadero y propio control judicial de constitucionalidad como coronamiento necesario del Estado de Derecho (11).

En seguida se advierte que la afirmación «die Verfassungsgerichtbarkeit als Krönung des Rechtsstaates» aparece casi como un lugar común dentro de la

(11) El llamado «Vater der Weimarer Verfassung» tomó una decidida postura en la importante discusión teórica que se llevó a cabo en la Alemania de Weimar sobre el tema.

Cuando en el Comité constitucional de la convención de Weimar el doctor ABLASS presentó una propuesta contraria al control judicial de constitucionalidad de las leyes, la respuesta vigorosa de PREUSS no se hizo esperar. La propuesta de ABLASS perseguía restringir la facultad de dicho control, concediéndosela únicamente al «Staatsgerichtshof» y reduciendo su legitimación activa a la intervención de una determinada minoría del «Reichstag». PREUSS consideró la propuesta como «eine Négierung des Rechtsstaates im Deutschen Reich» y sin ambigüedad expresó su opinión en los siguientes términos: «Das richterliche Prüfungsrecht existiert unbedingt dort, wo es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist... Ich stehe, was die prinzipielle Frage betrifft, durchaus auf dem Standpunkte GNEISTS gegenüber LABAND... LABAND gegenüber hat die Mehrheit der Staatsrechtslehrer vollkommen recht, wenn sie sagen: der Richter hat das Náchprüfungsrecht. Das Gericht muss das Verfassungsrecht kennen... ich kann mir eine richterliche Tätigkeit im vollen Sinne nicht denken, wenn das Gericht ein seiner festen Ueberzeugung nach materiell verfassungswidriges Gesetz anzuwenden gezwungen sein soll... Unter allen Umständen möchte ich der Ausschliessung des richterlichen Rechts, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu prüfen, widersprechen». Cfr., al respecto, E. THEISEN: «Verfassung und Richter», en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, NF 8 Band, 1925, páginas 261 y sigs. Sobre las vicisitudes del problema del control de constitucionalidad en la Alemania de Weimar, vid. MARIO EINAUDI: «Interpretazioni europee della dottrina americana del sindacato di costituzionalità delle leggi», en *Studi Urbinati*, anno VI, 1932, págs. 77 y sigs. De interés también sobre el tema, CARL SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, Barcelona, 1931, trad. de M. Sánchez Sarto, págs. 11 y sigs., sobre todo nota pie página 3, págs. 13-14, donde se puede apreciar la actualidad y el alcance que adquirió el tema tanto a nivel doctrinal como de política legislativa. Más recientemente, cfr. RUDOLF DOLZER: *Die Staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerrichts*, Berlín, 1972, págs. 22 y sigs.

Este problema, en Francia, ha tenido siempre unas connotaciones particulares que exigirían una especial atención, y que aquí sólo vamos a mencionar. Entre los factores condicionantes de la justicia constitucional en Francia se pueden indicar los siguientes: La concepción histórica de la función judicial, el papel de los Parlamentos del Ancien Régime, la Corte de Casación contra los abusos del poder judicial, la historia del parlamentarismo francés que desemboca en ese deforme régimen de asamblea (BASTID) con el llamado principio de la soberanía parlamentaria y la ley como expresión de la voluntad general apoyado en la tradición teórica en Francia del principio democrático (ROUSSEAU) instrumentalizado por la burguesía nacionalista con los artificios de la democracia representativa, la centralización política-administrativa y correlativa ausencia de federalismo, el dogma de la separación de poderes como dogma inmodificable de la organización política francesa y la preferencia por sistemas de defensa de la Constitución de carácter político, el papel del Consejo de Estado como juez constitucional (con-



importante literatura germana sobre el tema. Con distintas formulaciones y desde Merkl y Kelsen en los años veinte hasta Smend en los sesenta, se presenta como una idea estable del pensamiento iuspublicístico germánico (12). En el actual nivel conceptual del Estado de Derecho parece cierto que la justicia constitucional representa uno de sus elementos definitorios y proporciona un adecuado y completo desarrollo a los principios contenidos en la mítica fórmula del «Rechtsstaat».

## II

## ALGUNOS PRESUPUESTOS DEL TEMA

Es precisamente dentro del envolvente y complejo campo de la justicia constitucional donde se hace necesario ubicar y plantear nuestra particular problemática.

fróntese F. BATAILLER: «Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel», en L. G. D. J., París, 1966) y su práctica y eficaz tutela contra las ilegalidades y abusos del poder ejecutivo (la práctica del recurso por exceso de poder), la interpretación restrictiva de sus propias competencias por parte del «Conseil Constitutionnel», la particular configuración de la función legislativa en el texto constitucional de 1958 y el dibujo de la figura del Presidente de la República como un superpoder, la clásica oposición doctrinal y política a un sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad de las leyes, etc...

Aparte de los clásicos trabajos de BLONDEL, WALINE, DUEZ, LAMBERT, la postura contraria de ESMEIN, favorable de DUGUIT y HAURIOU y JEZE, BARTHELEMY y M. EISEMANN, se advierte que el modelo americano ha interesado a la historiografía francesa (desde TOCQUEVILLE hasta A. TUNC, pasando por LAMBERT, GARNER, R. PINTO, etc...). Entre los trabajos recientes encontramos el de FAVOREU, en desacuerdo con la doctrina dominante; el de CH. EISENMANN-HAMON, y, por último, el de C. FRANCK: *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, París, 1974.

(12) Cfr. el ya cit. Heft 5 de los VVDSTRL, págs. 78 y sigs y 102. LUDWIG ADAMOVICH: *Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts*, Viena, 1947, pág. 71; FLEINER-GIACOMETTI: *Schweizerisches Bundes-Staatsrecht*, Zürich, 1949, pág. 898; H. JAHREISS: *Mensch und Staat*, cit., pág. 126; J. WINTRICH-H. LECHNER: «Die Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Die Grundrechte*, de BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, tomo III/2, Berlín, 1959, pág. 649; OTTO KIMMINICH: *Einführung in das öffentliche Recht*, Freiburg, 1972, págs. 251-252; RUDOLF DOLZER: *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung...*, cit., págs. 76 y sigs.; RUDOLF SMEND: «Festvortrag zur feier des Zehnjährigen bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962», en *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, Karlsruhe, 1971, pág. 16. También en nuestra doctrina han hecho referencia a esta idea LEGAZ LACAMBRA, RUIZ DEL CASTILLO y PÉREZ SERRANO en su magnífico discurso de hace ya veinte años, *La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall)*, Madrid, 1955, págs. 33 y sigs.

Tomando como punto de referencia algunos ordenamientos jurídicos que nos parecen los más significativos en la materia, no estará demás esbozar algunas consideraciones previas sobre la llamada «jurisdicción constitucional de la libertad» (J. C. L.).

## II.1. Su delimitación

En primer lugar se impone una aclaración terminológica. Hay que hacer notar que se acoge esta expresión en el sentido y con el significado introducido y adoptado por Mauro Cappelletti en su conocido trabajo sobre el tema, titulado precisamente *La Giurisdizione Costituzionale delle libertà* (13).

El autor citado quiere traducir con esta terminología una realidad ya desarrollada en algunos ordenamientos jurídicos actuales, como sería, por ejemplo, la «Grundrechtsgerichtsbarkeit» de los países de lengua alemana o el «Juicio de Amparo» mejicano entre los más significativos.

Con la traducción que Fix-Zamudio hizo en 1961 (Méjico) de la citada monografía de Cappelletti, la expresión tomó carta de naturaleza en el ámbito de lengua castellana y, por ello, respetamos en nuestro trabajo dicha terminología.

Dentro de los posibles sistemas de justicia constitucional que se advierten en el panorama actual del Derecho comparado será el llamado modelo europeo el que servirá de trasfondo a nuestra reflexión, si bien se tendrá en cuenta la

---

(13) Cfr. *La Giurisdizione Costituzionale delle libertà*, cit., pág. 6. Existe traducción española de esta obra hecha por FIX-ZAMUDIO: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Méjico, 1961, vid. pág. 131 sobre la cuestión terminológica del porqué se amplía el título italiano en la versión castellana. Cfr. también DE CAPPELLETTI: «Attività e Poteri del giudice costituzionale in rapporto col loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)», en *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, págs. 88 y sigs. Para CAPPELLETTI la jurisdicción constitucional de la libertad se inserta en el cuadro de la evolución histórica dentro del tema de los controles jurisdiccionales de los actos de poder: «...Ed ecco che... si è altresì imposta quella significativa, affascinante, nuova forma di giustizia, che è la *Grundrechtsgerichtsbarkeit* ossia la "giurisdizione costituzionale delle libertà" che si realizza, appunto, attraverso il "ricorso costituzionale" o *Verfassungsbeschwerde*: la quale a mio avviso rappresenta la espressione più raffinata delle esigenze di rinnovamento emerse nell'ultimo dopoguerra, e si inserisce inoltre pienamente nelle grandi direttrici di evoluzione del diritto nel mondo contemporaneo, come è stato confermato anche da certi sviluppi internazionali quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo». Cfr. *Processo e Ideologie*, cit., página 539. Confirma también nuestra delimitación del tema, H. FIX-ZAMUDIO: *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., pág. 416.

institución del Amparo mejicano por su interés y repercusión en el ámbito hispanoamericano.

Como es ya sabido, el actual sistema europeo de justicia constitucional, con inspiración kelseniana y precedentes estimables en la Constitución austríaca de 1920, checoslovaca del mismo año y española de 1931, se materializa hoy día en flamantes jurisdicciones constitucionales de amplio espectro funcional, concentradas en nuevos órganos constitucionales de características peculiares denominados Tribunales o Cortes constitucionales que desarrollan una actividad jurisdiccional de particular fisonomía.

No hay que olvidar que la idea de una jurisdicción constitucional es desconocida en el Derecho anglosajón como consecuencia de la propia lógica del ordenamiento constitucional inglés y de la organización judicial norteamericana entre otros factores.

Pero no nos interesa, en esta ocasión, la jurisdicción constitucional en su conjunto, sino solamente una rama particular de ella, que es precisamente aquélla dirigida a la tutela de los derechos fundamentales o, en expresión de Cappelletti, «de las situaciones jurídicas subjetivas activas constitucionales del individuo de frente a las autoridades públicas».

No se trata, sin embargo, de un estudio sistemático del recurso constitucional —expresión principal de la J. C. L.— tal como aparece y funciona en algunos países europeos (Alemania Federal, Suiza, Austria) o del Juicio de Amparo mejicano e instituciones análogas del continente hispanoamericano, ni tampoco un estudio comparativo entre ambos estimables medios de garantía constitucional. Sencillamente se trata de reflexionar, sobre la base experimental más avanzada y perfeccionada de la actual experiencia jurídica, acerca de algunos problemas que, en un plano de política constitucional, se presentan sobre la J. C. L. en la hora presente.

## II.2. *Perspectivas de la tutela jurisdiccional en la justicia constitucional*

Antes de entrar en materia se hace igualmente necesario apuntar algunos presupuestos conceptuales sobre la particular perspectiva que requiere el estudio del tema.

En primer lugar hay que distinguir dos ópticas diversas desde las que se puede contemplar la jurisdicción constitucional. Por una parte, como jurisdicción que tutela la regularidad constitucional del ejercicio o actividad de determinados órganos constitucionales con un carácter fundamentalmente objetivo. Y, por otra, como jurisdicción que pretende actuar y hacer valer las

situaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, previamente constitucionalizadas, que redundan también en una tutela y garantía de la norma constitucional, pero que presenta fundamentalmente un carácter subjetivo en cuanto pretende satisfacer dichas situaciones jurídicas subjetivas que la Constitución imputa y atribuye a los individuos.

La jurisdicción constitucional, ejercitando una función específicamente declarativa como puede ser, por ejemplo, cuando se pronuncia sobre la admisibilidad del referéndum abrogativo (supuesto del artículo 2.º de la ley Constitucional italiana de 11 de marzo de 1953, núm. 1, sobre normas integrativas de la Constitución concernientes a la Corte constitucional), o cuando dirime un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales o los más frecuentes que se puedan plantear sobre delimitación de competencias en un Estado federal o controlando la regularidad constitucional de la actividad legislativa (vid. art. 93 de la ley Fundamental de Bon y art. 134 de la vigente Constitución italiana), actúa como jurisdicción de marcado carácter objetivo, que trata de garantizar la observancia de la Constitución. Este fenómeno se delata, por otra parte, muy claramente en los procesos de legitimidad constitucional de las leyes en vía incidental. En esta clase de procesos se aprecia un primer tipo de tutela (*lato sensu*), que se dirige al interés particular, hecho valer en el juicio principal, protegiendo así *objetiva e indirectamente* las diversas situaciones jurídicas subjetivas del particular o de otros sujetos jurídicos. Al lado de éste, existe un segundo tipo de tutela (*stricto sensu*) que hace referencia al interés general por la observancia de parte del legislador ordinario de las normas de la Constitución. Parece, pues, claro y evidente que se trata de dos diversos tipos de tutela, complementarios sin duda, pero de distinto grado. En el supuesto que nos sirve de ejemplo, la exigencia objetiva de tutela de la norma se presenta como prevalente a la tutela de quien persigue en juicio la satisfacción del propio derecho o interés.

No se puede olvidar al respecto, que las garantías jurisdiccionales de la Constitución tienen un acentuado carácter de garantía del Derecho objetivo, bien apreciable tanto en su génesis como en su desarrollo posterior. Ellas son, como decía Kelsen, «un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por fin asegurar el normal ejercicio de las funciones estatales» (14).

La tutela del Derecho objetivo expresado en la Constitución que supone el control de constitucionalidad de las leyes o la resolución de conflictos de atribuciones ha constituido el núcleo originario de competencias de la jurisdicción constitucional, siendo mucho más reciente el uso de esta institución para

(14) Cfr. *La garantie juridictionnelle...*, cit., pág. 198.

la defensa de los derechos fundamentales, es decir, para la tutela de situaciones jurídicas subjetivas consagradas en la Constitución.

A este propósito nos recuerda H. Mosler, en la introducción al coloquio de Heidelberg sobre la jurisdicción constitucional, que en la época de Weimar se consideraba como dudoso que las quejas de un particular por lesión de sus derechos constitucionales fueran un aspecto típico de la jurisdicción constitucional; la preocupación dominante era entonces controlar que el orden de las competencias fuera conforme a la Constitución. Y añade el citado autor: «Sin embargo, después de la guerra, la garantía de los derechos fundamentales estipulados en la Constitución ha tomado, como reacción contra la arbitrariedad ejercida por la autoridad pública, una posición tan elevada en la política constitucional que las quejas por lesión de un Derecho constitucional cuando están concentradas en manos de una institución judicial especial, deben ser colocadas en el dominio íntimo de la jurisdicción constitucional. Así, en el examen de cada caso particular, se garantiza la Constitución en su conjunto como la norma superior que regula la vida pública» (15).

De lo dicho anteriormente se deduce que ambas perspectivas se pueden armonizar unitariamente tanto desde un nivel funcional como conceptual. Así, por ejemplo, las dos ópticas, someramente descritas, caben en la amplia definición de base del citado coloquio de Heidelberg y que se expresa en los siguientes términos: «Es jurisdicción constitucional todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución». Tampoco se puede pasar por alto que en la jurisdicción constitucional, entendida desde la perspectiva objetiva, también se da una tutela (*lato sensu*) indirecta de las situaciones jurídicas subjetivas del particular. Sin embargo, es la jurisdicción constitucional de la libertad el medio cabal de control jurisdiccional para tutelar cumplidamente la superioridad de algunos derechos fundamentales y su inderogabilidad. En este sentido, retrocediendo históricamente se aprecia como frente al instituto de la «Cour de Cassation» que sirvió para el control de legalidad de los actos jurisdiccionales y después el «Conseil d'Etat» para el de los actos de la Administración pública, se hacía necesario encontrar el instrumento adecuado para controlar la legitimidad constitucional de los actos del poder legislativo y, sobre todo, para garantizar la real eficacia de los llamados derechos fundamentales.

---

(15) Cfr. H. MOSLER: Op. cit., pág. XXXV. También en nuestra doctrina se ha afirmado: «El control de la constitucionalidad... no es sino uno de los aspectos de la protección constitucional. Mayor importancia si cabe, por la protección de los bienes jurídicos en juego, tiene la tutela judicial eficaz de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento», vid. ALMAGRO NOSETE: Op. cit., pág. 34.

Y es así como comienza a desarrollarse y a extenderse en el Derecho comparado lo que Cappelletti denomina: «aquella significativa y fascinante nueva forma de justicia, que es la "Grundrechtsgerichtsbarkeit", o sea, la J. C. L.» (16). Ni que decir tiene que a este desarrollo colabora de una parte la razón formal de encontrar una tutela jurisdiccional más adecuada que la que pudiera derivar de un proceso común de la jurisdicción ordinaria y, de otra parte, la propia naturaleza de los derechos fundamentales que por su importancia, su compleja estructura y la particular peculiaridad en la interpretación y satisfacción de los mismos, llevaron a crear una conciencia clara de la moderna importancia de la J. C. L.

### II.3. Algunos presupuestos funcionales y orgánicos de la J. C. L.

Llegados a este punto, el problema consiste ahora en arbitrar los adecuados medios para acotar e identificar debidamente esta actividad jurisdiccional. A este respecto no estará demás indicar que dado el amplio y diverso campo de actividad acotado por la jurisdicción constitucional, se presentan diferencias estructurales, funcionales, modales, y respecto a la eficacia o efectos en el proceso constitucional que hacen difícil su reconducción a categorías unitarias válidas para las distintas ramas de la justicia constitucional (17). Parece entonces necesario descubrir las peculiaridades que deben caracterizar al juez constitucional de la libertad: objeto de su competencia, naturaleza, eficacia y ejecución de sus decisiones, relaciones —a veces conflictivas— con las clásicas funciones estatales, etc... Aunque es evidente que estos difíciles problemas no admiten una respuesta abstracta ni apriorística, señalaré a modo de premisa una serie de presupuestos intuitivos que en mi opinión, y desde una perspectiva de *iure condendo*, afectan a la J. C. L.:

— Parece, en principio, que un sistema de jurisdicción constitucional basado en una alternativa rígida entre eliminación de la norma, por una parte, o confirmación de la validez de la misma, por otra, no es de los más adecuados para una tutela completa del Derecho fundamental. Es por lo que se impone entender la institución desde la óptica, ya mencionada, de una jurisdicción que protege y actúa directamente situaciones jurídicas subjetivas constitucionales. Evidente-

(16) Cfr. nota 13 de este trabajo.

(17) Cfr. M. CAPPELLETTI: *Attività e Poteri del giudice costituzionale...*, cit., página 87.

mente de esta particular perspectiva van a derivarse características especiales tanto en la estructuración del proceso constitucional como en sus efectos.

— El enriquecimiento de los supuestos básicos del Estado demoliberal con el principio del Estado social se empieza a concretar ya en el plano normativo y jurisprudencial y comporta, sin duda, cambios en el armazón estructural y organizativo del Estado actual. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de perfeñar una jurisdicción constitucional adecuada no sólo a la tutela de un derecho fundamental clásico de libertad, sino también de un derecho de libertad que implique una prestación activa como es el caso de los llamados derechos sociales. En este supuesto la misma naturaleza del objeto protegido, que lleva consigo la exigencia de una prestación positiva del Estado o de cualquiera que sea la otra parte de la relación jurídica en cuestión, requiere lógicamente del órgano tutelante una posición y un poder mucho más activo que aquel que es propio de un órgano jurisdiccional con mera facultad de anular la norma. En el caso de los derechos sociales —como muy bien dice Trocker— «una declaración de inconstitucionalidad sí puede obviar, en parte, una violación objetiva de la Constitución, pero no garantiza al mismo tiempo un efectivo respeto de la misma» (18).

— Partiendo del carácter instrumental de la función jurisdiccional y considerando que la estructuración, desarrollo y eficacia del proceso ha de adecuarse a los diversos tipos de relaciones y consecuentemente de normas que deben garantizar y actuar, se impone la exigencia de otro presupuesto, ya indicado, en la particular J. C. L., cual es la tarea de concretización creativa del juez atribuyendo a los derechos fundamentales «vielmehr einen positiven Gehalt».

Apoyándose en el fin o razón de ser del juez constitucional que obviamente es la actuación de la voluntad constitucional, Cappelletti sostiene la tesis —discutida por la doctrina procesalista italiana— de que el juez debe ejercitar necesariamente poderes discrecionales y dispositivos. En términos generales y sobre todo para los derechos sociales parece que la completa tutela de los derechos fundamentales requiere que el juez pueda y deba ejercitar «poderes correctamente definibles como discrecionales y dictar resoluciones de

(18) N. TROCKER: «I rapporti tra cittadini e Stato nella Costituzione di Bonn: significato storico e politico», en *Riv. Tr. Dir. Pub.*, 1973, núm. 3, pág. 1169. Ahora se recoge este trabajo en su libro, *Processo civile e Costituzione*, Milán, 1974, páginas 91-157.

naturaleza dispositiva» (19). Hay que tener también en cuenta la indeterminación, ambigüedad y vaguedad de las normas que contemplan los derechos fundamentales, factor que debe incidir de algún modo en la fisonomía del órgano tutelante de las mismas. Hipotizando al límite de los sistemas más avanzados de garantías constitucionales se podría llegar a uno con capacidad para constreñir a cualquier órgano del Estado a ejecutar una acción debida legalmente a favor del individuo.

Puede parecer que propugnando una figura de juez constitucional con amplios poderes dispositivos se produzca cierta «spregiudicatezza» en cuanto a la distribución clásica de funciones y competencias estatales. Acaso pueda darse la impresión de ciertos desplazamientos en lo referente al ámbito del ejercicio de las tradicionales funciones estatales y de que contestando el carácter esencialmente declarativo de la función jurisdiccional se pretenda crear un juez omnipotente. También algún sector de la doctrina ha hablado «de la incompatibilidad conceptual entre un sistema normativo escrito de tipo continental y la exigencia de la justicia distributiva que postula al límite la libre creación del derecho por obra del juez» (20). A este respecto querría señalar que no me parece convincente una interpretación rígida del principio de separación de poderes y que con frecuencia la incompatibilidad conceptual tiende, en la práctica, a perder mucho de aquel rigor con el que la doctrina suele trazarla.

— Como presupuesto básico y criterio claro e inspirador de toda la posterior reflexión sobre esta difícil problemática me atengo al enunciado por el profesor La PÉrgola, en estos términos: «*L'organo delle garanzie costituzionali dovrebbe essere, insomma, fin dove possibile, il giudice dell'annullamento (como il giudice costituzionale continentale) e al tempo stesso il giudice del diritto soggettivo (come il giudice anglosassone)*» (21).

---

(19) CAPPELLETTI: Op. últ. cit., pág. 123. En sentido crítico a esta postura, reafirmando con cierto tono apodíctico el carácter esencialmente declarativo de la función jurisdiccional y subrayando el necesario e indisoluble vínculo biunívoco entre «giurisdizione» e «giudicato», vid. E. ALLORIO: «Intorno a recenti manifestazioni scientifiche avverse alla correlazione fra giurisdizione e giudicato», en *Scritti giuridici in mem. di P. Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, págs. 3 y sigs.

(20) L. PALADIN: *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milán, 1965, pág. 325.

(21) En *Il reclamo di garanzia costituzionale*, 1974 (sin editar). Se trata de una especie de dictamen sobre la materia que el profesor LA PÉRGOLA, con el que tuve la gran fortuna de trabajar sobre este tema, me proporcionó gentilmente dándome un rico caudal de sugerencias. A este respecto, se hace obligado citar también la magistral aportación de P. CALAMANDREI en ese breve pero genial libro que es *Proceso y demo-*



En principio, para un adecuado dibujo del «juez constitucional de la libertad» es necesario insertar el sólido y fecundo filón del constitucionalismo anglosajón en la moderna concepción del Estado como Estado constitucional que nace de la Revolución francesa. Este último presupuesto esencial pretende poner de manifiesto nuestra preocupación por no hablar de derechos fundamentales a título honorífico, sino de *substantive rights* unidos inescindiblemente a los *procedural rights*. Es también presupuesto indefectible al significado de la J. C. L. la idea de que a través de ella los derechos fundamentales deben recibir y obtener *ihren vollen Charakter als subjektive Rechte*.

Sobre estas bases —enunciadas en los anteriores presupuestos— vamos a analizar algunos importantes problemas que plantea el recurso constitucional, peculiar instituto jurídico y capital manifestación de la J. C. L., para acabar proponiendo algunas consideraciones sobre la problemática fisonomía del juez constitucional de la libertad.

### III. EL RECURSO CONSTITUCIONAL

Entre los medios arbitrados en la J. C. L. para la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas constitucionalizadas aparece en primer y principal lugar el recurso constitucional, es decir, un recurso contra cualquier actuación de los poderes públicos que se considere que ha lesionado una cualquiera de las situaciones protegidas.

Esta estimable conquista de la experiencia jurídica, conseguida y realizada ya en algunos sistemas de jurisdicción constitucional y que ofrece al individuo una tutela jurisdiccional de sus derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, ha tenido un estimable desarrollo en el Derecho positivo, de cuyos hitos no podemos prescindir.

---

*evacia*, trad. de Fix-Zamudio, Buenos Aires, 1960, sobre todo relevante para nuestro tema su cap. II: «Justicia y política: Sentencia y sentimiento». Hay que apuntar además, en relación con el criterio básico sobre el juez constitucional, que adoptamos en el texto, la nueva orientación de la doctrina continental que presta su atención al «common law» en una aptitud cada vez más generalizada, y de la que no es ajena el desgaste y la insuficiencia de un planteamiento puramente dogmático-conceptual de la ciencia jurídica. Cfr. S. CASSESE: *Imparzialità amministrativa...*, cit., pág. 60, y de gran interés las aportaciones de N. LIPARI y G. TARELLO a un debate sobre «La sociología del Derecho» en el núm. 1 de la nueva revista *Sociologia del Diritto*, Milán, 1974, págs. 30 y 40.

### III.1. Algunos datos del Derecho positivo sobre la materia

a) En la República Federal Alemana ha sido introducido el denominado *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) por una ley ordinaria de 12 de marzo de 1951, en vigor desde el 17 de abril del mismo año. Esta ley (ordinaria) federal que regula el funcionamiento de la Corte Constitucional Federal de Karlsruhe (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) al ocuparse en su artículo 13 de la competencia del citado tribunal hace mención en su apartado 8-a) del llamado *Verfassungsbeschwerde* y en la parte tercera de la misma ley se dedica el capítulo 15 a crear propiamente el recurso en cuestión (artículos 90 a 96). Así, el artículo 90, par. 1.º, expone que cualquiera que se declare lesionado por los poderes públicos en uno de sus derechos fundamentales o en el ejercicio de los derechos que le han sido reconocidos por los artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la ley Fundamental puede promover un recurso constitucional ante la Corte.

Se debe hacer notar que el mencionado *Verfassungsbeschwerde* ha sido elevado recientemente a rango constitucional por medio de la 19 *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* de 29 de enero de 1969 (22).

b) También en Austria puede encontrarse un instituto de significado análogo, si bien con un ámbito de aplicación más restringido. Ya en la *Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929*, hoy de nuevo en vigor, el artículo 144 se ocupaba de esta figura (23). La reglamentación particular y específica del recurso se encuentra en la *Verfassungsgerichtshofgesetz* de 12 de mayo de 1953 (arts. 82-88).

c) En el sistema suizo (art. 1113, par. 1.º núm. 3 de la Constitución federal de 29 de mayo de 1874 y el artículo 84, par. 1.º, letra a, de la *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege* de 16 de diciembre de 1943) y en el bávaro (arts. 48, par. 3.º, 66 y 120 de la Constitución de 2 de diciembre de 1946) este recurso cuenta con una estimable tradición y al mismo tiempo goza de rigurosa actualidad y eficacia.

d) También en la Constitución de la nueva República de Chipre de 1960 se consagra en el artículo 146, par. 1.º, un particular procedimiento de con-

---

(22) Cfr. el artículo 93, par. 1, núm. 4 a. de la ley Fundamental de Bon. Como era deseable se ha constitucionalizado así este importante instituto jurídico. Vid. T. MAUNZ: *Leutsches Staatsrecht*, Munich, 1971, pág. 298.

(23) Cfr. *Österreichische Bundesverfassungsgesetze*, Stuttgart, 1972, pág. 115.

trol de la actividad del poder ejecutivo que se debe situar en los límites de lo que es propiamente el recurso constitucional (24).

e) No se puede olvidar en este contexto la prestigiosa figura del Amparo mejicano, una de las más interesantes realizaciones de la aludida jurisdicción constitución de la libertad, que se remonta hacia mediados del siglo pasado y que a través de un evolutivo perfeccionamiento y consolidación constituye, sin duda alguna, la institución más característica del Derecho público mejicano (arts. 103 y 107 de la Constitución de 1917, hoy vigente, y la correspondiente ley de Amparo orgánica de los arts. 103 y 107 de la Constitución Federal de 31 de diciembre de 1935 con reformas posteriores en 1949, 1957, 1963 y 1967).

También dentro del ámbito constitucional hispanoamericano hay que tener en cuenta el ejemplo colombiano (arts. 214-217 de la Constitución de 16 de noviembre de 1945), cuya jurisdicción fue la primera que permitió acciones populares contra las leyes directamente ante la Corte Suprema, y donde además existe el derecho de cualquier litigante a plantear ante cualquier tribunal la constitucionalidad de cualquier ley o decreto aplicable a su caso por vía de excepción (25). No se puede omitir en este contexto una referencia al extraordinario florecimiento del amparo en el Derecho constitucional nacional y provincial de la República Argentina (26). También entraña un interés especial la institución brasileña del «Mandado do segurança» consagrada en el artículo 113, par. 33, de la Constitución de 16 de julio de 1934, consolidada en la Constitución de 28 de septiembre de 1946, artículos 141, par. 24 y que en la Constitución vigente de 24 de enero de 1967, artículo 150, par. 21, se conserva casi literalmente (27).

La inserción del instituto jurídico que nos ocupa en los ordenamientos constitucionales vigentes representa una primera etapa en la realización de la J. C. L. A partir de aquí se abre toda la compleja problemática de la estructuración pormenorizada y el funcionamiento del recurso constitucional, que va a constituir precisamente el objetivo de las páginas siguientes. Pero

---

(24) WILLI BLÜMEL: «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Zypern», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pág. 694, confirma también en el mismo libro H. ALEXY: *Verfassungsbeschwerde*, pág. 738.

(25) Cfr. J. A. C. GRANT: *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, Méjico, 1963, pág. 80.

(26) La literatura argentina sobre el amparo es ya copiosa, vid., a modo de orientación, FIX-ZAMUDIO: *Veinticinco años de evolución...*, cit., págs. 25-32.

(27) El citado precepto reza así: «Se otorga mandato de seguridad para proteger derecho individual líquido y cierto no amparado por *habeas corpus*, sea cual fuere la autoridad responsable por la ilegalidad o abuso de poder».

antes de entrar en el análisis concreto de los principales problemas que a nivel de Derecho constitucional comparado se presentan sobre el tema acaso se haga necesaria una preliminar advertencia sobre su significado y alcance.

### III.2. Breve consideración sobre su significado y alcance

No es necesario insistir mucho sobre su particular significado e importancia porque su valor resulta ya bastante obvio. Por lo que respecta al *Verfassungsbeschwerde* (Vb.) se puede afirmar con seguridad que significa una de las más relevantes conquistas del ordenamiento jurídico alemán de la última postguerra (28). Si bien su introducción fue bastante discutida, en seguida la jurisprudencia, doctrina y opinión pública lo han confirmado y aceptado de forma homogénea y general (29). Y en este sentido ha podido afirmar G. Müller, que fue precisamente presidente del Tribunal Constitucional alemán, que el citado recurso «ha significado una contribución esencial a la penetración del ordenamiento fundamental democrático dentro de la conciencia de la población y motivado que las resoluciones de carácter básico emanadas del poder constituyente alcanzaran una amplísima difusión» (30). Todo ello sin pasar por alto que posee, aparte de su contribución a la formación e interpretación del Derecho constitucional, un considerable significado político y produce un efecto general educativo contenido implícitamente en toda la jurisdicción constitucional (31).

---

(28) Confirma N. TROCKER: Op. cit., pág. 1184 y nota pie de página 107. Para una visión crítica del Vb., cfr. el citado coloquio de Heidelberg, págs. 797-824.

(29) Cfr. MAUNZ-SIGLOCH-SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, 1972, en el comentario del artículo 90 de la citada ley, págs. 25 y sigs. A. HANS SCHULER: «Die Verfassungsbeschwerde nach schweizerischem, deutschem und österreichischem Recht», en *JÖR*, NF Band 19, 1970, págs. 130 y sigs.; RÜDIGER ZUCK: *Verfassungsbeschwerde und einstweilige Anordnung gem. §§ 90, 32 BVerfGG*, Munich, 1972, pág. 2. También M. CAPPELLETTI: «La Verfassungsbeschwerde nel sistema delle impugnazioni», en *Riv. Tr. Dir. e Proc. Civile*, 1968, pág. 1057, reproducido en su libro *Processo e Ideologie*, cit., pág. 532.

(30) «El Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania», en *Rev. de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, 1965, pág. 239.

(31) Cfr. A. HANS SCHULER: Op. cit., págs. 130-134, donde expresamente alude al significado político y psicológico del «Verfassungsbeschwerde» además de considerarlo como instrumento de protección de las minorías. Cfr. también el comentario de HANS LECHNER a la BVerfGG: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, 1973, págs. 47 y 338 y sigs. Sobre el llamado «Edukationseffekt» de este instituto, vid. HANS HUBER: *Die Verfassungsbeschwerde, Vergleichende und Kritische Betrachtungen*, Karlsruhe, 1954, pág. 14; HANS RUPP: «Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem», en

Sobre el significado del Amparo la opinión es unánime al considerar su arraigo y trascendencia en el ordenamiento mejicano y su prestigio influyente en el ámbito del Derecho constitucional hispanoamericano (32).

Respecto al alcance que puede tener este instrumento de garantía constitucional es necesario advertir que una estimable jurisprudencia constitucional ha demostrado ya su válida función en pro de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de matriz liberal, es decir, de las clásicas libertades jurídico-políticas. Pero cabe aún, al menos desde una perspectiva de política constitucional, un planteamiento más exigente del citado recurso, es decir, entenderlo no sólo como instrumento de tutela jurisdiccional de los clásicos derechos fundamentales liberales, sino también de los llamados derechos sociales, hoy día ya profusamente constitucionalizados, aunque este último enfoque constituya un «desiderátum» en el estado actual de la J. C. L., que cuenta, no obstante, con alguna que otra tímida realización en este sentido.

En consecuencia lógica con este planteamiento y aunque la tutela jurisdiccional de los derechos sociales presente una mayor y particular dificultad parece correcto y necesario considerarlos junto a los otros derechos fundamentales constitucionales como auténticas *situaciones jurídicas subjetivas* constitucionalmente protegidas que imputan determinadas pretensiones jurídicas a los titulares de las mismas y no son, por lo tanto, mera expresión retórica de un programa legislativo de contenido social que se inserta en el texto constitucional sin eficacia jurídica alguna.

En mi opinión la funcionalidad del instituto no se agota, pues, en la estimable tutela de la esfera individual de la persona humana (33) porque el recurso representa también al mismo tiempo, como señala la doctrina más relevante, «la invisible espada de Damocles que pende sobre todos los órganos

---

*Zeitschrift für Zivilprozess*, enero 1969, pág. 3; G. LEIBHOLZ: «La Giurisdizione costituzionale nello Stato democratico secondo la Costituzione di Bonn», en *Riv. Tr. Fil. Dir.*, 1955, fasc. II-III, pág. 166.

(32) Cfr. F. TENA RAMÍREZ: *Derecho constitucional mejicano*, Méjico, 1961, páginas 432 y 448. Sobre la posibilidad de un amparo hispanoamericano, vid. FIX-ZAMUDIO: Op. últ. cit., pág. 156. Este ilustre amparista se ha ocupado repetidas veces del tema; vid. «Crónica de las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal», en *Rev. Iberoamericana de Der. Proc.*, 1967, núm. 2, pág. 133. Desde un punto de vista no jurídico puede verse J. LAMBERT: *América Latina*, Barcelona, 1970, págs. 464-472.

(33) No me parece por ello convincente la postura de A. HANS SCHULER: Op. cit., página 130, asignando al recurso un papel represivo de las posibles invasiones del «Sozialstat» en la esfera individual. Más afín a nuestra postura son W. RUPP-V. BRÜNNECK: *Die Grundrechte im juristischen Alltag*, cit. en N. TROCKER: Op. cit., página 1187 nota pie pág. 120. Cfr. en general, sobre el significado del recurso, HEINZ LAUFER: *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, Tubinga, 1968.

del poder público incitándolos a una atenta y pronta actuación de los principios constitucionales». Esto hace que a través de su tarea de adecuación y renovación del ordenamiento jurídico pueda servir para la actuación y realización de los principios constitucionales del moderno Estado social y democrático de Derecho. Desde esta perspectiva parece, pues, insuficiente considerar su alcance con una eficacia meramente represiva.

De cualquier modo está fuera de toda duda que la idea que está en la base del instituto merece, como dice Cappelletti, plena aprobación, y tal es así que incluso se habla de una proyección de la J. C. L. en el plano internacional, admitiéndose ya, por ejemplo, un recurso individual a la Comisión europea de los derechos del hombre (34).

Hecha esta breve introducción sobre el Derecho positivo y el significado y alcance del recurso constitucional, vamos ahora a estudiar con cierto detenimiento una serie de problemas fundamentales para su teoría general que han sido además puestos de relieve por su funcionamiento práctico, tales como el problema de su posición en el sistema de los medios de impugnación, los problemas que surgen en materia de legitimación, el objeto del recurso, etc...

### III.3. *El problema de la posición del recurso constitucional en el sistema de los medios de impugnación: la problemática regulación de su procedimiento de admisión*

El problema de la posición del recurso en el sistema de los medios de impugnación jurisdiccional de cualquier ordenamiento jurídico, así como el de su legitimación activa suponen delicadas e importantes cuestiones porque van a condicionar *ab initio* la eficacia del mismo.

El hallazgo de la óptima solución a estos problemas significa una condición necesaria aunque no suficiente para el buen funcionamiento y la mejor consecución de los fines vinculados a la actividad del órgano jurisdiccional competente, que debe entender de los citados recursos. Una sistematización y ubicación de los mismos defectuosamente conectada con los otros medios de impugnación o una legitimación activa desmesuradamente amplia ocasionarían un número abundantísimo de recursos perjudicial probablemente para el buen funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Por el contrario, una legitimación excesivamente oclusiva significaría la inactividad e inutilidad del recurso.

Puede afirmarse, por lo tanto, que la regulación del procedimiento de ad-

(34) Cfr. art. 13 de la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales de 1950.

misión es problemática y que además puede resultar agravada por determinados factores, tales como la existencia, en un país de alto nivel de población, de una conciencia jurídica popular sensible y considerada en materia de derechos fundamentales o la pretensión de tutelar jurisdiccionalmente no sólo las situaciones jurídicas subjetivas constitucionales que constituyen el objeto clásico y normal del recurso, sino también «intereses no exclusivamente individuales (sino de grupo, comunitarios) formalmente reconocidos por la Constitución, pero no justiciables de hecho hasta el momento: piénsese en la tutela de la salud, de los consumidores, del respeto de las reglas democráticas en el seno de los partidos, etc...» (35).

Respecto al problema de la sistematización del recurso en el ámbito de los diferentes medios de impugnación jurisdiccional se pueden tomar en consideración a mi modo de ver, dos opciones: una, favorable al recurso directo o principal (solución del Vb. alemán), y otra, favorable a la incidentalidad de la reclamación que implica su interposición en el curso de un litigio concreto en el que se trate de aplicar un acto del poder público lesivo de un derecho fundamental constitucionalmente protegido.

III.3.1. *La opción del recurso directo: exposición y valoración crítica.*—La primera opción se puede describir muy bien siguiendo el modelo construido por el citado Vb. El camino marcado por el legislador alemán consiste en un recurso directo del particular al Tribunal Constitucional en el que rige, no obstante, el principio de subsidiariedad como se deduce del presupuesto procesal expresamente sancionado en el artículo 90, par. 2.º de la BVerfGG (*Bundesverfassungsgerichtgesetz*).

En efecto, el citado precepto dispone que si existe un remedio jurisdiccional contra el atentado a los derechos fundamentales, el recurso constitucional puede ser propuesto cuando se ha agotado el primero. Además, se ha establecido un sistema para tratar de obviar un posible número de recursos excesivo y de escasa relevancia que consiste en un procedimiento preliminar de admisión mediante el examen del recurso que en vía preventiva realiza una comisión de tres jueces (*Dreier-Ausschuss*) (36). Al aludido presupuesto pro-

(35) A. PROTO PISANI: «Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale», en *Foro It.*, 1973, parte quinta, pág. 38.

(36) Cfr. el artículo 93 a, par. 2.º de la BVerfGG. Se debe hacer notar además que «mientras por lo general un Tribunal constitucional está constituido como un cuerpo "judicante" unitario que a lo sumo se compone en ocasiones de modo distinto para particulares tipos de procesos, la Corte constitucional federal está compuesta de dos secciones (*senados*) con competencia establecida en principio por la ley». Cfr. ERNST FRIESENHAIN: *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Milán, 1965, pág. 15. Cfr. art. 14, pars. 1 y 2 de la BVerfGG, y HANS RUPP: *Op. cit.*, pág. 2.

cesal consistente en el *Erschöpfung des Rechtswegs* hay que sumar, pues, un primer filtro selectivo de las propias comisiones de tres jueces.

No obstante, se debe hacer notar que el mismo artículo 90, par. 2.º, de la BVerfGG pone dos excepciones al presupuesto de la necesaria y oportuna utilización exhaustiva del sistema de impugnaciones judiciales ordinarias: si el caso presenta un interés o importancia general (*allgemeiner Bedeutung*), o si se deriva para el recurrente un perjuicio considerable e inevitable (*schwerer und unabwendbarer Nachteil*) al ser constreñido a utilizar previamente la vía del remedio judicial ordinaria (37).

De lo expuesto se deduce que la elección del legislador alemán ha consistido en considerar el recurso como un *subsidiärer Rechtsbehelf* y configurar el *Erschöpfung des Rechtswegs* como uno de sus presupuestos procesales formales. Análoga solución han seguido los ordenamientos suizo y austríaco. También el Amparo cuando se considera en su faceta de «Amparo judicial», es decir, como recurso de impugnación de resoluciones judiciales (uno de los concretos aspectos de la compleja estructura procesal del Amparo) exige la oportuna interposición exhaustiva de los medios de impugnación establecidos por la legislación procesal ordinaria (art. 73, par. 13, de la ley reglamentaria del juicio de Amparo) (38).

Parece, pues, bastante indiscutible que existan razones de lógica, oportunidad y eficacia que aconsejan adoptar el criterio de la subsidiariedad en el recurso directo (39). De hecho este criterio ha sido aceptado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, aunque es necesario apuntar que requiere una formulación legal suficientemente amplia y genérica que permita su aplicación flexible en los distintos casos. Hay que tener en cuenta, además, que este criterio no sólo procura la adecuada inserción del recurso en el sistema de

(37) Como bien dice CAPPELLETTI, la J. C. L. viene a perder aquí su normal naturaleza de jurisdicción subsidiaria y diferida. Cfr. *La Giurisdizione Costituzionale delle libertà*, cit., pág. 89, y HANS LECHNER: Op. cit., págs. 369 y 370. Sobre el uso que ha hecho hasta ahora el «Bundesverfassungsgericht» de estas excepciones al llamado «Subsidiaritätsprinzip» puede verse N. TROCKER: Op. cit., pág. 1184, en nota pie de página 113.

(38) Cfr. ARILLA BAS: *Ley de Amparo Reformada*, Méjico, 1973, pág. 58. Entre los principios jurídicos fundamentales del Juicio de Amparo, I. BURGOA enumera precisamente el principio de la definitividad. Vid. su magistral obra, *El Juicio de Amparo*, 6.ª ed., Méjico, 1968, págs. 282-295 y 465-467.

(39) Como señala H. ALEX: Op. cit., pág. 740: «In allen Staaten wird vorausgesetzt, dass vor Einlegung der Verfassungsbeschwerde der ordentliche Instanzenzug erschöpft ist». Cfr. A. H. SCHULER: Op. cit., pág. 174; H. LECHNER: Op. cit., páginas 365 y sigs.; MAUNZ...KLEIN: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., comentario artículo 90, págs. 26 y sigs., y págs. 143 y sigs..



las distintas impugnaciones jurisdiccionales contribuyendo a la armónica congruencia de las diversas jurisdicciones, sino que, sobre todo, intenta evitar una sobrecarga de recursos que amenazaría con dañar el funcionamiento de toda la jurisdicción constitucional y la eficacia misma del recurso. Es precisamente esta razón de economía procesal la que ha inducido a veces al legislador constituyente a excluir de la competencia de los Tribunales constitucionales la tutela de los derechos constitucionales del particular. En mi opinión, parece lógico y oportuno que se pondere la razón de economía procesal, pero no hasta el punto de suprimir *a radice* el instituto en cuestión (40).

Estos criterios que rigen la regulación del procedimiento de admisión del recurso directo han suscitado diversas observaciones críticas. La primera, que conviene señalar, consiste en el peligro de transformarse el recurso en una especie de *Superrevisión* abierta siempre a la parte «temporeggiatrice» y «chicaneuse», perdiendo, por consiguiente, su característica más genuina de medio de defensa «cualificado» y «diferenciado» de los derechos fundamentales del hombre (41).

También el procedimiento de las llamadas *Dreierausschüsse* ha suscitado críticas. En este particular procedimiento de examen preventivo se ha llamado la atención sobre el defectuoso sistema que rige la composición personal de las citadas comisiones. Se critica, además, la coordinación de las comisiones dentro del «Senat» (como se sabe el Tribunal constitucional de Karlsruhe está dividido en dos secciones o «Senaten», art. 2.º, par. 1 de la BVerfGG) y de las comisiones de ambas secciones entre sí con el consiguiente peligro de que «procedimientos y cuestiones constitucionales paralelas se resuelven de modo distinto» (42). Otra de las objeciones que el profesor Hans Rupp, juez constitucional, pone a este procedimiento preliminar de admisión es la que se refiere a su técnica desestimatoria explicitada en el uso taxativo de algunos

(40) Confirma C. MORTATI con respecto al caso italiano cuando dice: «... La preoccupazione dell'eccessivo numero di ricorsi che ha influenzato la decisione negativa sulla proposta non ha serio fondamento...», en *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit. Existe en Italia una corriente doctrinal encabezada por CAPPELLETTI que lamenta la carencia de este instituto en el ordenamiento jurídico italiano, también G. MARANINI, en *I controlli del potere*, Florencia, 1967, págs. 11 y sigs. Parece que también deba incluirse en este «indirizzo» doctrinal a SANDULLI, a pesar de su declaración en el coloquio de Heidelberg de 1961, op. cit., págs. 804-805.

(41) Cfr. M. CAPPELLETTI: *Processo e Ideologie*, cit., pág. 531; N. TROCKER: Op. cit., pág. 1189 y nota pie de pág. 126.

(42) Cfr. H. RUPP: Op. cit., pág. 10.

conceptos jurídicos indeterminados (43), de los que el legislador alemán ha hecho frecuente uso, facilitando así con amplias fórmulas como «manifiestamente infundado», «improcedente» o «falta de suficiente perspectiva de éxito» la desestimación de abundantísimo número de recursos sin por ello hacer una interpretación claramente anticonstitucional, pero que supone, en mi opinión, una solución insatisfactoria (44). De hecho, un tipo de control preventivo que desestima sin motivación puede llegar a ser un instrumento oclusivo y limitador que se distancia, además, peligrosamente del sentimiento constitucional de la opinión pública (45).

Por esto surgen junto a las precedentes críticas técnico-jurídicas otro tipo de observaciones que parten de un enfoque ideológico-político con una orientación marcadamente crítica (46). Estas últimas propugnan, en líneas generales, una sólida y firme conexión entre el Tribunal constitucional y la sociedad donde opera para prevenir viejos peligros o disfunciones del sistema constitucional-democrático como el llamado «gouvernement des jugues» o cualquier otro tipo de gerontocracia que puedan lesionar efectivamente el principio democrático. Este principio, como se sabe, no sólo postula su incidencia a nivel de composición de los órganos constitucionales, sino también, y hasta donde sea posible, en sus procedimientos de actuación. Y es por ello que los Tribunales constitucionales deben desarrollar su delicada función alejados del secreto y otras tentaciones. Solamente una praxis feliz de cada Tribunal en concreto puede armonizar esta exigencia con el clima y el tiempo que conjuntamente exige y necesita su actividad.

Vista ya la opción seguida en esta materia por el legislador alemán parece lógico presentar a continuación otras alternativas posibles al problema que nos ocupa.

---

(43) «Ein ohne vorherige Belehrung des Beschwerdeführers ergehender Nichtannahmebeschluss, der sich auf die gesetzlich vorgeschriebene Kurz-Begründung beschränkt ("offensichtlich unbegründet"), wirkt häufig schokierend und trägt daher nicht zum Rechtsfrieden bei». En op. cit., pág. 10.

(44) Cfr. REINHARD RUPPRECHT: «Anderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes», en NJW, febrero 1971, pág. 171.

(45) Parece sintomático al respecto el artículo aparecido en el semanario *Der Spiegel*, número 49/1972, titulado «Das Bundesverfassungsgericht arbeitet zu langsam und zu geheim». Cfr. también el artículo 93 a, par. 5 de la BVerfGG y E. FRISENHAIN: Op. cit., pág. 108.

(46) Cfr. la crítica del profesor HELMUT RIDDER: «Operation Verfassungsbeschwerde», en NJW, 1972, págs. 1689 y sigs. En un sentido afín se encuentran los trabajos de la escuela de Marburgo dirigida por W. ABENDROTH, vid. *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona-Méjico, 1973, págs. 274 y sigs.; *Introducción a la Ciencia Política*, Barcelona, 1971, págs. 227 y sigs.

III.3.2. *La fórmula de la reclamación en vía incidental; exposición y valoración crítica.*—Parece claro que desde un cierto punto de vista las opciones que existen en relación con el modo de proponer ante el Tribunal la supuesta lesión de los derechos fundamentales protegidos, son fundamentalmente dos: una directa, principal o por vía de acción, y otra indirecta, incidental o por vía de excepción. Esta dualidad de posibilidades parece ser una peculiaridad modal del proceso constitucional que se contempla también en otras competencias de la jurisdicción constitucional, como, por ejemplo, en el control de constitucionalidad de las leyes.

La fórmula de la reclamación indirecta, si bien no está positivizada aún en ningún ordenamiento vigente, representa una estimable hipótesis y propuesta de política constitucional que merece atención especial dentro de la J. C. L. (47).

Según esta segunda alternativa, adoptar el principio de la incidentalidad implica que la impugnación sea propuesta por las partes, por el Ministerio Fiscal (en algunos casos legalmente determinados) o, de oficio, por el mismo juez *en el curso de un litigio concreto* en el que se trate de aplicar cualquier acto de los poderes públicos (ley, acto administrativo o cualquier otra actuación del poder ejecutivo y sentencia) lesivo de los derechos constitucionales protegidos. Se obtendría precisamente con el criterio de la incidentalidad una primera selección de los casos que merecen la intervención del juez constitucional.

A este primer filtro se podría añadir una preliminar estimación por parte de uno o varios jueces constitucionales —según fuere la estructura y formación del órgano jurisdiccional *ad hoc*— con capacidad para desestimar *in limine* la cuestión por su notoria carencia de fundamento o, por el contrario, remitirla para su sustanciación y decisión final al Tribunal constitucional, órgano frecuentemente de estructura colegial.

La articulación de esta fórmula de reclamación incidental podría ser así: su interposición está revestida en cualquier caso del carácter de cuestión prejudicial dentro del procedimiento principal en curso que permanece en suspenso si el juez, declarada la relevancia de la cuestión respecto a la decisión que él está llamado a pronunciar en el caso concreto, dispone su reenvío al juez constitucional. Dicho reenvío se deberá hacer mediante providencia del juez *a quo* con suficientes garantías de publicidad. Será también necesario dotar al proceso constitucional, que con este motivo se instaure, de una oportuna y orgánica disciplina legal inspirada en el principio inquisitorio, aunque

(47) Esta interesante posibilidad me la ha sugerido el ya citado dictamen del profesor LA PÉRGOLA, págs. 13-16.

no se estime que se deba configurar como causa de extinción del citado proceso la renuncia a la reclamación o la cesación del juicio *a quo*. De todas formas, es un sano criterio de técnica legislativa el prevenir cualquier duda que pueda suscitar la extensión de los principios procesales generales al juicio de constitucionalidad o el reenvío a la regulación procesal de otro órgano jurisdiccional (como podría ser en Francia o Italia el Consejo de Estado).

Siguiendo esta ingeniosa alternativa hay razones para presumir que el ámbito o campo de este medio de impugnación vendría delimitado con la máxima atención posible, no debiéndose producir, por lo tanto, los problemas de un número excesivo de recursos o de escasa relevancia, típicos de la opción del recurso directo. Además, no existe ningún riesgo de que el instituto de garantía constitucional así articulado pueda convertirse en una especie de superrevisión o supercasación, ya que el principio de incidentalidad comportaría el sanear los vicios de ilegitimidad constitucional que fueran surgiendo en la concreta utilización de las diversas y sucesivas instancias del ordenamiento jurisdiccional, evitando, por consiguiente, un elevado número de sentencias inconstitucionales.

Continuando con la valoración de esta propuesta hay que añadir que se puede completar, como hace el profesor La Pérgola, con otros estimables medios de garantía constitucional integrativos del llamado «reclamo incidental», como serían, por ejemplo, un recurso directo por omisión de un acto legalmente debido o una acción popular para anulación de la norma con carácter de ley, lesiva de un derecho fundamental garantizado.

A pesar de lo anteriormente expuesto, pienso que la fórmula de la reclamación incidental plantea también graves problemas. En primer lugar, nos pone en presencia de un aspecto bastante conflictivo de la jurisdicción y del proceso constitucionales, cuales el de las relaciones entre jueces ordinarios y constitucionales, que significa, como bien ha señalado la doctrina, una zona de posibles fricciones (48). En seguida se plantea la cuestión de si el juez *a quo* pudiera ser o no, con su constatación de relevancia, el árbitro de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, confirmándose acaso una observación —hecha a propósito del Tribunal constitucional italiano y con referencia al control de constitucionalidad de las leyes—, según la cual «el papel concerniente al Tribunal consitucional en el cuadro de las instituciones del

(48) Sobre este punto, cfr. las lúcidas páginas de V. CRISAFULLI: «La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento», en *Scritti per Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1958, pág. 286. Se debe hacer notar aquí que si bien el proceso constitucional surge, en la fórmula incidental, con ocasión de un proceso ordinario, el contenido de este último no se comunica al primero y este principio adquiere significado, sobre todo en materia de suspensión, interrupción y extinción del proceso.

Estado está estrechamente vinculado al papel que ejercitan los jueces, que con sus providencias de remisión le plantean las cuestiones que ha de decidir» (49). Y es así como parece probable que surjan problemas de coordinación entre el Tribunal constitucional y la Administración de justicia ordinaria, que, como ya decía Calamandrei, «viven, por así decirlo, en simbiosis, sin poder hacer de menos una de la otra: si el juez ordinario no abre la puerta, el Tribunal no puede entrar en funciones».

En definitiva, es precisamente este *prius*: la existencia de un concreto litigio y la intervención del juez ordinario —carente a veces de sensibilidad constitucional—, el que se presenta como primer requisito condicionante de la tutela de los derechos fundamentales (50).

También desde un punto de vista estrictamente procesal la alternativa de la reclamación incidental presenta algunos riesgos debidos en parte a su misma complejidad. Piénsese, por ejemplo, en la influencia de los cambios legislativos susceptibles de aplicarse en la cuestión controvertida que aconsejarían un nuevo reenvío del juez constitucional al juez *a quo* para el reexamen de la relevancia, dado el limitado conocimiento que el Tribunal constitucional tiene de los hechos de la causa principal. Piénsese, también, en la posible larga duración del proceso principal que ha de resolver las cuestiones prejudiciales de inconstitucionalidad según van surgiendo, hecho agravado por la endémica lentitud de la función jurisdiccional con los subsiguientes perjuicios en orden a la certeza del Derecho. Además, existen ciertos riesgos de dispersión de pruebas o de que la fijación de los hechos de la demanda permanezca bloqueada largo tiempo si la cuestión de inconstitucionalidad surge en las primeras instancias de la vía jurisdiccional, etc... Todo ello sin contar con que no se hiciera una interpretación restrictiva de la expresión «en el curso de un litigio concreto», presente lógicamente en la fórmula legal que plasmara esta ingeniosa opción del recurso constitucional (51), dificultándose peligrosa y excesivamente el acceso a la J. C. L.

(49) A. PIZZORUSSO: «Meriti e limiti del processo costituzionale», en *Politica del Diritto*, núms. 3-4, 1972, pág. 438. Hay que añadir también que en nuestra hipótesis no se exige esa doble constatación que prescribe el artículo 23, par. 2 de la ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87 sobre la Constitución y el funcionamiento de la Corte Constitucional italiana (vid. *Codice della Corte Costituzionale* a cura de BATTAGLINI y MININNI, Padova, 1964, pág. 349) no debiéndose producir, por tanto, los problemas que comporta la sumaria deliberación preventiva del juez *a quo* sobre la eventual manifestación falta de fundamento de la cuestión.

(50) Cfr. sobre la pésima prueba de la Corte de Casación italiana como juez constitucional en los años 1948-1956, M. CAPPELLETTI: *Il controllo...*, cit., págs. 76-77.

(51) Sobre la interpretación de una análoga fórmula legal italiana: «Nel corso di

Una primera observación que se desprende de lo expuesto hasta aquí sobre la problemática regulación del procedimiento de admisión del recurso constitucional, es que tanto la primera alternativa (recurso directo) como la segunda («reclamo incidental») tienen la misma naturaleza funcional y se concluyen del mismo modo, *significando, en definitiva, dos modos distintos de fijar el ámbito donde va a operar el juicio constitucional*. Esto no quiere decir que se establezca una equiparación entre la acción de interposición del recurso, por un lado, y la providencia de reenvío al juez constitucional, por otro, sino que, respetando sus respectivas particularidades, representan dos técnicas distintas para poner en movimiento la J. C. L. (52).

Vamos a examinar ahora, para terminar con el problema de la posición del recurso en el sistema de los medios de impugnación, una tercera opción, que, en mi opinión, es la óptima solución a esta cuestión y que consiste en adoptar el sistema del recurso directo atenuado con un ponderado mecanismo de admisión basado en el modelo del procedimiento anglosajón del *writ of certiorari*.

III.3.3. *Una autorizada propuesta: el "Writ of Certiorari" en el recurso directo*.—Es ya sabido que un Tribunal constitucional, en el cuadro institucional del Estado moderno, debe imponerse esa «intellectual humility» y ese «selfrestraint» que, como bien dice Leibholz, son necesarios para que la jurisdicción constitucional pueda cumplir sus funciones en el marco de la Constitución (53). Un análogo autocontrol de los legitimados activamente para interponer el recurso también beneficiaría la buena marcha de la J. C. L.

En relación con la sobrecarga de recursos que se produce casi indefectiblemente en el sistema de interposición directa, una prestigiosa y competente doctrina ha sugerido, como mejor terapéutica, la orientada sobre el modelo del procedimiento americano del *certiorari*.

El *certiorari* es un procedimiento (uno de los más conocidos remedios del

---

un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale» (art. 23 de la ley de 1953 ya citada), cfr. F. SATTI: «Ci sono attività "amministrative" del giudice?», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, fasc. 4, págs. 1362 y sigs. (comentario de la sentencia de 16 de julio de 1973, núm. 132).

(52) Se ha discutido bastante sobre la naturaleza jurídica de la providencia de reenvío que en mi opinión no supone la expresión de un auténtico y propio derecho de acción sino de una denuncia proponible —como dice REDENTI— en el interés general (*pro populo*) y *per occasionem*, condicionada a la subsistencia, aunque sea ocasional, de un interés particular y concreto. Cfr. E. REDENTI: *Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*, Milán, 1957, págs. 40-41; C. MORTATI: *Istituzioni...*, cit., pág. 1033 y 1038; S. VILLARI: *Il Progresso Costituzionale*, Milán, 1957, pág. 126.

(53) Op. cit., pág. 166.

Derecho anglosajón para la tutela jurisdiccional del ciudadano) que se emplea para someter delante de una Corte Suprema la decisión de cualquier Tribunal inferior, a fin de que sea controlada su validez (54). Y así, por ejemplo, en el caso americano, «a través de una *petition for a writ of certiorari*, en la que se exponen las razones por las que se estima que la cuestión pueda ser examinada por la Corte», corresponde a la misma Corte, según su discrecional apreciación, emanar o no el llamado *writ* y, consecuentemente, pronunciarse o no sobre la controversia (55).

Ya en los comienzos de los años sesenta un autor tan solvente en la materia como Friesenshahn sugería que de frente al abrumador número de recursos que se daba en Alemania, «quizá constituyera remedio seguro un procedimiento de selección del tipo del *writ of certiorari* americano» (56). De nuevo el profesor Hans Rupp, juez constitucional, propone en el Congreso de los procesalistas alemanes de 1968 la misma solución del *certiorari*: «El Tribunal desearía en el caso de una repetida modificación de la BVerfGG la introducción de un completo procedimiento del *certiorari* con el que la Corte Suprema americana remedia el número de las revisiones» (57). También la doctrina italiana, que se ha ocupado del tema, opina en el mismo sentido, es decir, que quizá pueda encontrarse remedio a este particular problema del *Vb.* sobre el modelo del *certiorari* (58).

Mencionada esta posible solución a la cuestión planteada, continuamos ahora con otros problemas importantes que suscita el recurso constitucional, como son los que se refieren a la legitimación para interponerlo, la delimitación de su objeto, etc...

---

(54) R. GNEIST: *Lo Stato secondo il Diritto*, Bibl. di Sc. Pol., vol. VII, Turín, 1891, pág. 1172; H. W. R. WADE: *Il controllo giurisdizionale della pubblica Amministrazione (Inghilterra)*, en el vol. col. dirigido por A. PIRAS, Turín, 1971, páginas 251-338.

(55) Cfr. LEWIS MAYER: *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, Milán, 1967, pág. 163, nota a pie de página 79 y págs. 162, 323 y 446. Con este estimable sistema se obtiene que el número total de las sentencias de apelación reexaminadas por la Corte Suprema no supere el 5 por 100 de las mismas. Vid., también, L. SÁNCHEZ AGESTA: *La función constitucional del juez*, cit., págs. 22-24, que destaca también la importancia de este particular proceso de selección.

(56) Op. cit., pág. 111; vid. el Coloquio de HEIDELBERG sobre el tema, Op. cit., página 797.

(57) Op. cit., pág. 5.

(58) M. CAPPELLETTI: *Processo e Ideologie*, cit., pág. 532; N. TROCKER, Op. cit., página 1189.

### III.4. Problemas en materia de legitimación

Entendiendo el Estado de Derecho con Bachof y García de Enterría como un «lückenlose Rechtsschutzsystem» instrumentado para alcanzar una «justicia judicial plenaria», se deduce que debe existir, en términos generales, un amplio y completo sistema de legitimación activa del ciudadano (59). En definitiva, de lo que se trata, como bien ha indicado la actual doctrina iuspublicística europea, es de «la necesidad de crear e introducir garantías de participación a través del dato sólo aparentemente formal de las estructuras organizativas y procesales del poder público. No basta el *status activus* sustancial, es necesario un *status activus processualis*» (60).

Se presenta, pues, la necesidad de estudiar cuál es la legitimación activa en el recurso constitucional, sus problemas más relevantes y las posibles conclusiones que de *lege ferenda* se podrían mantener al respecto.

III.4.1. *Legitimación activa*.—Como criterio general se puede afirmar que está legitimado para interponer el recurso cualquiera que sostenga ser titular del Derecho fundamental lesionado por cualquier resolución de los poderes públicos (61). Es por esto que todos aquellos que tienen capacidad para ser titulares de los derechos fundamentales (personas físicas y jurídicas, extranjeros y

(59) Cfr. OTTO BACHOF: «Über einige entwicklungstendenzen im Gegenwärtigen Deutschen Verwaltungsrecht», en *Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, vol. IV, Madrid, 1969, pág. 456.

(60) Cfr. N. TROCKER, Op. cit., pág. 1159, donde dice: «Dal momento che gli interventi statali dettati dalle esigenze sociali creano nuovi pericoli per le libertà dell'individuo e lo *status positivus socialis* rischia di trasformarsi in uno *status subjectionis* (esistenziale), l'inserimento attivo degli interessati nei procedimenti di formazione degli atti pubblici, ovvero lo *status activus processualis*, diventa presuposto e garanzia di un effettivo *status activus*». Cfr. P. HABERLE: «Grundrechte im Leistungsstaat», en los *VVDSTRL*, Heft 30, Berlín-New York, 1972.

(61) El artículo 90 de la BVerfGG habla de «Jedermann». Cfr. H. LECHNER, Op. cit., páginas 341-346; MAUNZ - SCHMIDT - BLEIBTREU - KLEIN: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, citado, § 90, págs. 31 y sigs. Es interesante recordar en este contexto la concepción del «quejoso» o agraviado como parte en el juicio de Amparo mejicano que FLX - ZAMUDIO define así: «La persona jurídica individual o colectiva, generalmente de carácter privado, pero en ciertos casos también autoridad u organismo público que sufre un perjuicio jurídico personal y directo, actual o inminente por la actividad u omisión inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad», en «Mandato de Seguridad y Juicio de Amparo» en el vol. col: *Tres estudios sobre el mandato de Seguridad brasileño*, Méjico, 1963, pág. 44. Sobre este problema vid., por todos, I. BURGOA, Op. cit., págs. 327 y siguientes y 352 y sigs.



hasta en algunos casos formaciones o grupos sociales, etc...) poseen, en principio, la titularidad para proponerlo.

Respecto a las personas jurídicas de Derecho privado no se discute su capacidad de ser titulares de derechos fundamentales, y así viene confirmado, de modo general, en los ordenamientos suizo, austriaco, alemán y mejicano (62).

Por el contrario, es bastante controvertida la titularidad de las personas jurídicas de Derecho público (entes públicos) en cuanto sujetos con potestad de *imperium*. Me parece que si bien no hay aún respuesta definitiva sobre este problema, existe una opinión jurisprudencial y doctrinal dominante en sentido negativo, según la cual «las Corporaciones de Derecho público... no tienen capacidad para ser titulares de derechos fundamentales y, por ello, tampoco pueden interponer recurso constitucional, en cuanto que ellas se presentan como detentadoras del poder público» (63).

En estrecha conexión con este punto se encuentra el de la validez de los derechos fundamentales en el ámbito de las llamadas «Besonderen Gewaltverhältnisse», al que no podemos más que hacer somera alusión para no cargar en exceso nuestro tema con otros importantes problemas (64).

De modo más o menos general, la condición jurídica del extranjero viene reconocida con legitimación activa, y así, por ejemplo, el Tribunal constitucional alemán entiende que el extranjero está legitimado a recurrir cuando exista violación del principio según el cual todos tienen el derecho de ser oídos legalmente ante los Tribunales (art. 103, par. 1 de la ley Fundamental de Bonn) (65).

(62) Cfr. M. CAPPELLETTI; *La Giurisdizione...*, cit., págs. 32, 43 y 83; A. H. SCHULER, *Op. cit.*, pág. 162; E. FRIESENHAIN, *Op. cit.*, pág. 102, y nota pie de página 240; H. LECHNER, *Op. cit.*, pág. 342. Para el Derecho mejicano vid. el artículo 8.º de la ley de Amparo, y en la doctrina FIX - ZAMUDIO, *Op. últ. cit.*, pág. 44, y BURGOA, *Op. cit.*, página 330.

(63) H. LECHNER, *Op. cit.*, pág. 343. Cfr., al respecto, el artículo 19, par. 3 de la ley Fundamental de Bon. En sentido análogo la solución suiza y austriaca, vid. A. H. SCHULER, *Op. cit.*, págs. 164 y 166. Cfr., también, MAUNZ - SCHMIDT - BLEIBTREU - KLEIN, *Op. cit.*, pág. 38 del com. § 90.

(64) Sobre la compatibilidad de la tutela de los derechos constitucionales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, vid. K. J. PARTSCH: «Principi Costituzionali e Istituzioni Amministrative», en *IUS*, 1959, pág. 532. También DIETER - HELMUT SCHEUING: «La protection des droits fondamentaux en Republica Federale d'Allemagne», en *Perspectivas de Derecho público...*, cit., vol. III, pág. 326. En España, vid. A. GALLEGO ANABITARTE: «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1962, páginas 11 y sigs.

(65) Cfr. G. SCIASCIA: «Rassegna di Giurisprudenza della Corte Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca (1963-1968)», en *Giur. Cost.*, 1969, pág. 247.

Un problema mucho más delicado y al menos hasta ahora no resuelto es el concerniente a la legitimación de las formaciones o grupos sociales, y no sólo ya en lo que respecta a la J. C. L., sino también en todo el ámbito jurisdiccional. De esta difícil cuestión del Derecho público actual nos ocupamos en las páginas siguientes.

III.4.1.1. *El particular problema de la legitimación activa de las formaciones o grupos sociales en el Derecho constitucional contemporáneo.*—Sirvanos como planteamiento general de la cuestión el interrogante que se plantea el profesor Aldo M. Sandulli en estos términos: «¿Es concebible, en un ordenamiento "improntato" con criterios de sociabilidad, que los intereses de la colectividad puedan ser defendidos, en el plano constitucional, sólo si coinciden o cuando coincidan con los de un sujeto particular, quedando de otro modo abandonados a su destino? ¿O no es ésta una incongruencia del sistema? (66).

En efecto, parece evidente que, a pesar de cierta redimensión de la concepción individualista de los derechos fundamentales, los conceptos de acción, de legitimación e interés para obrar están demasiado ligados a un criterio individualista, olvidando así la posición que ocupa el individuo en las formaciones sociales o grupos intermedios. De frente a esta realidad y como criterios indicadores de política legislativa, convendría tener presente los siguientes factores:

—Que existen intereses no exclusivamente individuales reconocidos constitucionalmente (baste recordar el art. 2.º de la vigente Constitución italiana) que postulan adecuada tutela. Piénsese, además, en los derechos sociales donde frecuentemente se acoplan a veces intereses colectivos e individuales en la misma figura jurídica, y otras veces intereses individuales de gran relevancia colectiva.

— La actual importancia de los llamados grupos sociales intermedios que se han transformado en un importante factor propulsivo del desarrollo social.

— Cómo la misma funcionalidad de la estructura democrática del Estado actual requiere como necesaria la actividad organizativa

---

(66) «Stato di Diritto e Stato Sociale», en *Nord e Sud*, 1963, pág. 20. En el Derecho mejicano a pesar del artículo 8.º de la ley de Amparo, y de su interpretación por la Corte Suprema en relación con el artículo 460 de la ley federal del Trabajo (vid. FIX-ZAMUDIO, Op. últ. cit., pág. 44) no parece que se pueda atenuar tampoco el marcado carácter individualista del Amparo, bien puesto de relieve por F. TENA RAMÍREZ, Op. cit., pág. 502 y sigs., esp. 510-512.

de las fuerzas sociales que sirven de apoyo a las instituciones estatales y se hace por ello preciso tener en cuenta la perspectiva de un individuo inserto en las organizaciones sociales, del «*homme situé*» y no la de un individuo aisladamente contemplado.

— Los avances que en la experiencia legislativa comparada se hayan producido. A este respecto me parece interesante el ejemplo italiano del «*Statuto dei Lavoratori*», con su innovador y discutido artículo 28, que por su significado y alcance trasciende la específica materia del Derecho del Trabajo para interesar más amplias zonas del Derecho. La importancia histórica del citado precepto al «haber hecho justiciables algunos intereses, algunas situaciones de ventaja que, aunque sean abstractamente afirmadas por la Constitución, se tutelaban hasta hoy sólo en vía de autotutela y no en vía jurisdiccional» (67), representa un estimulante ejemplo para la J. C. L. que, como se sabe, surge en parte por la profunda conciencia actual de los derechos fundamentales y por la relativa insuficiencia de los medios tradicionales de tutela jurisdiccional en este campo. También es ilustrativo tener en cuenta el problema de la legitimación activa de las minorías parlamentarias en el proceso de control de constitucionalidad de las leyes, que ha recibido respuesta afirmativa en algunos ordenamientos, proyectando así el juego democrático mayoría-minoría en el campo de la justicia constitucional (68).

A la vista de estos factores parece en principio que habría que conceder de algún modo legitimación activa en el ámbito de la J. C. L. a determinadas

(67) Este significativo hito legal de la experiencia jurídica italiana significa, entre otras cosas, a mi entender: Reconocimiento de la *socialità* expresada en el artículo 2.º de la Constitución, estimable contribución al *indirizzo costituzionale* sancionado en el problemático e indefinible principio de la igualdad sustancial (art. 3.º, pár. 2 de la Constitución) e importante aportación al llamado *principio lavorista* bien apreciable en la Constitución italiana. Como ha dicho PROTO PISANI, Op. cit., págs. 61 y 62, refiriéndose al artículo 28 de esta ley: «Il carattere "rivoluzionario", di rottura, dell' art. 28 sta nell' avere lanciato questa sfida: o la disposizione, con tutta la sua carica innovativa, riuscirà ad inserirsi nell'ordinamento senza essere riassorbita dal cosiddetto sistema borghese del profitto e dello sfruttamento della forza lavoro, o lo Stato democratico occidentale darà una prova della sua incapacità a promuovere e garantire adeguatamente esigenze di giustizia sostanziale.»

(68) Ha procedido así el constituyente alemán en el art. 93, par. 1, núm. 2 de la ley Fundamental de Bonn, vid., también, art. 13, núm. 6 de la BVerfGG. Cfr., sobre el respeto de los derechos de las minorías, P. BISCARETTI DI RUFFIA: «La Corte Costituzionale nel quadro del sistema di governo parlamentare della Repubblica Italiana», en *Il Politico*, 1961, núm. 4, pág. 632.

formaciones sociales espontáneas, que no gozan de personalidad jurídica para la defensa de sus intereses, remontándose poco a poco el criterio individualista en materia de legitimación; aunque no se nos oculta la dificultad de una hipotética configuración legal de este «desiderátum» que podría desbordar las normales posibilidades del mismo recurso. Hay que tener en cuenta, además, que el objeto tutelable está formado por un conjunto inextricable e inescindible a veces de intereses individuales con intereses de grupo o comunitarios, que hacen más problemática su configuración normativa y su aplicación jurisprudencial.

Ahora bien, correlativamente con el problema de la significación de las formaciones sociales en el ámbito jurisdiccional, trasunto necesario de la sociabilidad que empapa la mayoría de las Constituciones vigentes, se plantea el de la posición del individuo inserto en ellas. Esta última óptica del tema nos llevaría consecuentemente a problemas tales como el de la calificación o condición jurídica de los partidos políticos y los Sindicatos y a la llamada cuestión de su democracia interna (69). Hoy por hoy este problema rebasa de algún modo el marco jurídico y encuentra un ámbito de reflexión más inmediato y apremiante en la sociología política.

Continuando ahora secuencial y lógicamente con los problemas que plantea el recurso en materia de legitimación se examinará brevemente la cuestión del interés para obrar y ciertas particularidades que ofrece el Derecho comparado, para acabar con algunas conclusiones.

III.4.2. *Interés para obrar.*—El interés para obrar viene determinado por la lesión del derecho, que debe ser, en líneas generales, directa, actual e incidente sobre la esfera personal del recurrente. Estos son al menos los tres requisitos del interés para obrar en el recurso constitucional alemán: la «Selbstbe-

(69) Cfr. P. RESCIGNO en el vol. col. *Il diritto sindacale* a cargo de MANCINI y ROMAGNOLI, Bologna, 1971, págs. 56 y 58. Para un tratamiento más exhaustivo del tema, cfr. su libro *Persone e Comunità*, Bologna, 1966. La solución de este difícil problema consiste para GALGANO «nel portare a tutte le logiche conseguente — a tutte le conseguenze implicite nel sistema del diritto comune — la loro condizione giuridica di libere associazioni private... Il diritto privato ritorna, in tal modo, ad assumere quella funzione di garanzia delle libertà dell'individuo che esso aveva, in altre epoche storiche, già assolto... Nella sua nuova dimensione di "diritto comune"... il diritto privato si presenta, allora, come il tessuto connettivo dell'attuale società pluralistica», en *Delle Associazioni non riconosciute e dei Comitati*, Arts. 36-42, nel Com. del Codice civile a cargo de SCIALOJA y BRANCA, Roma-Bologna, 1970, págs. 173 y sigs.

troffenheit» del recurrente y la «Gegenwärtigkeit» y «Unmittelbarkeit» de la lesión (70).

En el Derecho mejicano la lesión debe ser personal y directa pero no es necesario que sea actual «sino que es posible solicitar el amparo contra actos futuros, siempre que sean inminentes y no inciertos o simplemente probables, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia» (71). También en el ordenamiento suizo se admite que la lesión sea sólo potencial o virtualmente vinculante para el actor siempre que se trate de una ley o de cualquier otro acto con fuerza de ley, ambos de nivel cantonal.

En la doctrina alemana se configura el interés a obrar como un presupuesto procesal, considerando la «Verletzung von Grundrechten» y la «Persönliche Betroffenheit des Beschwerdeführers» como presupuestos procesales materiales del recurso. La doctrina italiana, partiendo de la tradicional distinción de los presupuestos procesales en presupuestos procesales en sentido estricto y condiciones de la acción, considera el interés a obrar dentro de la segunda categoría. Cappelletti opina, por su parte, que se trata de un requisito de fundabilidad de la demanda, entendido como «el elemento causal de la demanda, dirigido a obtener una resolución jurisdiccional necesaria para hacer efectiva una situación jurídica subjetiva de carácter activo (titularidad de un derecho, de una potestad, de una facultad). Esta postura doctrinal considera, por lo tanto, el interés a obrar entre «los requisitos de fundabilidad, estimándolo como *causa petendi*, o sea como elemento causal, objetivo, del acto de la demanda», reconduciendo así el fenómeno de la falta de interés a obrar «dentro del más amplio del abuso del (o sea del exceso del) derecho» (72).

En el ámbito doctrinal mejicano la lesión de un derecho fundamental se considera como presupuesto para el ejercicio de la acción de «amparo», si bien hay autores como Fix-Zamudio que critican esta postura considerando la lesión mencionada no como presupuesto sino más bien como requisito para obtener una sentencia favorable.

III.4.3. *Algunos casos particulares del Derecho constitucional comparado en materia de legitimación.*—Brevemente haremos referencia a algunas particularidades que sobre la materia hemos hallado en el panorama del Derecho

(70) Cfr. M. CAPPELLETTI, Op. últ. cit., nota 263 de pág. 86; K. A. BETTERMANN: «Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtsstbzungakte der öffentlichen Gewalt», en AöR, 86 Band, Heft 2/3, 1961, páginas 130 y sigs.

(71) Cfr. FIX-ZAMUDIO, Op. últ. cit., pág. 44.

(72) Op. últ. cit., págs. 83 y 84.

comparado. En primer lugar encontramos en el Brasil una particular legitimación activa del «mandado do segurança» que consiste en la admisión en base al artículo 3.º de la ley 1.533 de 1951 (que junto a otras disposiciones contenidas en las leyes 2.410, de 9 de enero de 1956, y 4.348, del 26 de junio de 1964 reglamentan este instituto) de la sustitución procesal en el ejercicio de la acción del mandato (73).

También en el ordenamiento jurídico de Cuba existe una particularidad reseñable. Se trata de una especial acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, introducida por la Constitución de 1940 (art. 194, letra b). Esta acción pública de defensa constitucional no puede ser propuesta por *quisquis de populo* sino al menos por un grupo de veinticinco ciudadanos (74). Este sistema que acopla junto a una ordinaria acción privada, una especial acción pública se ha incorporado en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la ley Fundamental de la República de Cuba del 7 de febrero de 1959, hoy día vigente con algunas reformas.

También en Suiza se puede hablar, con palabras de Hans Huber, de una disfrazada acción popular («eine verkappte Popularklage») (75), cuando en algunos casos son considerados como lesionados en la práctica todos los que tienen derecho al voto por haber sido violado su Derecho constitucional a la participación en la función legislativa (76).

Tampoco se puede olvidar el instituto jurídico bávaro de la acción popular («Popularklage») atribuido a todo ciudadano «independiente de que el acto inconstitucional haya lesionado su derecho o situación jurídica subjetiva (salvo que se quiera considerar una genérica "pretensión" a la legitimidad constitucional de las leyes e independientemente, además, de la pendencia de una lite "principal")» (77). Esta particularidad del ordenamiento bávaro —la más relevante en nuestro contexto porque se refiere a la inconstitucionalidad por restricción ilegítima de un derecho fundamental— ha sido creada en base al artículo 98, par. 4 de la Constitución de Múnich de 1946 y desarrollada por la ley núm. 72 sobre el Tribunal constitucional (78).

(73) Cfr. T. B. CAVALCANTI: *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, Madrid, 1958, págs. 228 y 229; FIX-ZAMUDIO: *Veinticinco años...*, cit., págs. 32-36.

(74) Sobre el acentuado matiz socializante de este tipo de titularidad, vid. F. TENA RAMÍREZ, Op. cit., pág. 513; FIX-ZAMUDIO, Op. últ. cit., pág. 48.

(75) Op. cit., pág. 10.

(76) M. CAPPELLETTI, Op. últ. cit., pág. 30.

(77) M. CAPPELLETTI, Op. últ. cit., pág. 60 de la versión española.

(78) Cfr. J. WINTRICH: *Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage*, Regensburg, 1950.

III.4.4. *Conclusiones.*—Muy esquemáticamente, y a modo de conclusión, expondremos algunas consideraciones a las que provisionalmente hemos llegado:

1. En líneas generales se debería pensar en la determinación de la legitimación activa según fuera la naturaleza del acto lesivo (legislativo, administrativo o jurisdiccional), como se hace, por ejemplo, en el ordenamiento suizo.

2. Se debería otorgar de algún modo legitimación al grupo social espontáneo sin personalidad jurídica para tutelar los derechos y los intereses de sus miembros, inescindibles, a veces, del derecho e interés del propio grupo. Se debe, pues, superar, en mi opinión, el criterio del daño o lesión estrictamente directa y personal, teniendo en cuenta la realidad actual del individuo inserto en los grupos sociales intermedios.

3. Se debería superar, también, el criterio del daño inmediato y actual concediéndose en ciertos casos legitimación para interponer recursos cuando la lesión sea virtual e inminente.

4. La acción popular, no obstante su estimable significado en relación con el principio de la soberanía popular, me parece de inoportuna aplicación tanto por el carácter marcadamente personal de los derechos fundamentales cuanto por los efectos procesales que acarrearía una excesiva avalancha impugnatoria, perturbando, quizá gravemente, todo el sistema conjunto de la jurisdicción constitucional (79).

5. En el caso de una norma con fuerza y rango de ley lesiva de un derecho fundamental de manera directa, es decir, sin necesidad de actos intermedios de ejecución o aplicación, se podría pensar en una acción directa otorgada sólo a quien haya sido lesionado inmediata y personalmente por el acto legislativo.

6. Pienso que entre la acción popular *tout court* y la legitimación entendida bajo el criterio de la lesión personal, directa y actual, debe existir un punto óptimo e intermedio. Se trataría, en suma, de buscar este hipotético punto evitando, de un lado, los defectos de una legitimación demasiado individualista sin desembocar, por otro, en la acción popular. Esta situación de equilibrio que deseamos permitiría acudir ante el Tribunal constitucional a terceros interesados superándose en cierta manera el criterio de la lesión directa y personal (80).

(79) Una opinión favorable al instrumento de la acción popular como medio de defensa de la democracia, vid. en A. M. SANDULLI, *Op. últ. cit.*, pág. 18.

(80) En el Derecho mejicano se reconoce, por ejemplo, la figura del tercero perjudicado (vid. art. 5.º, fr. III de la ley de Amparo), cfr. I. BURGOA, *Op. cit.*, páginas 340 y sigs. y 352.

## III.5. El objeto del recurso

Como es lógico, el objeto del recurso se plasma en una pretensión procesal relativa a una serie de actos para tutela de unos determinados derechos.

Pero conviene señalar, antes de nada, que no todos los ordenamientos que lo consagran delimitan del mismo modo el ámbito de los derechos constitucionales tutelados ni el de los actos de los que se efectúa la tutela.

Y así tenemos que respecto a la configuración del *Schutz-objekte* la legislación y doctrina se han atenido en Suiza, Baviera y Austria, casi de un modo general, al concepto de los *verfassungsmässige Rechte* que comprende no sólo los llamados *Grundrechte*, o sea los clásicos «derechos del hombre», sino también «todos aquellos derechos subjetivos y situaciones jurídicas activas del individuo que se inferan de cualquiera de las disposiciones contenidas en la Constitución (ya sea en su texto o en otra ley constitucional)» (81). Sin embargo, el objeto protegido en el *Vb.* alemán, taxativamente enunciado en el artículo 9º de la *BVerfGG*, es más restringido ateniéndose al concepto de los *Grundrechte* y otras situaciones o derechos a ellos expresamente equiparados. Y en lo que se refiere al Amparo mejicano hay que indicar cómo su desarrollo histórico lo ha transformado en instrumento no sólo de las *Garantías individuales* sino también de todos los derechos subjetivos. A la vista de estos datos pienso que el ámbito de tutela del recurso debe abarcar todos los derechos y situaciones jurídicas subjetivas constitucionalmente consagradas sin distinciones formalistas de ningún tipo, tal como lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal constitucional bávaro (82).

Por lo que concierne a los actos respecto de los cuales se efectúa la tutela, tampoco existe una disciplina homogénea.

Y así, mientras el «Beschwerde» austriaco se refiere sólo a las pretensiones procesales que surjan en relación con los actos administrativos (centrales y locales), el «Staatsrechtliche Beschwerde» suizo se establece contra los actos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales de las autoridades cantonales y el *Vb.* alemán contra leyes, actos administrativos y decisiones judiciales tanto a nivel federal como a nivel de Länder o de otra Corporación de Derecho público (83).

(81) Cfr. M. CAPPELLETTI, Op. ult. cit., pág. 56. Para Austria puede verse A. H. SCHULER, Op. cit., pág. 145, donde siguiendo la terminología legal habla de «verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte», vid., también, pág. 197.

(82) Cfr. J. WINTRICH, Op. ult. cit., págs. 14-15.

(83) Cfr. H. LECHNER, Op. cit., pág. 346; A. H. SCHULER, Op. cit., págs. 149 y siguientes.



Dado el carácter y la no homogeneidad de los actos respecto de los cuales se pretende tutelar, se plantean numerosos y delicados problemas, y así basta pensar en supuestos de inactividad del poder legislativo o de otros órganos públicos que lesionen derechos constitucionales con su comportamiento omisivo que de algún modo —pienso que— ha de ser justiciable. El análisis de toda la compleja problemática en torno al objeto del recurso desborda nuestro cometido pero no estará de más hacer alguna observación general. La primera es que el acto que está en la base del objeto del proceso debe tener el carácter más general y el significado y alcance constitucional más amplio posible. También es probable que el mayor número de recursos se interponga contra decisiones judiciales (84) dado que los actos del poder ejecutivo encuentran su natural sede de control en el ámbito de la jurisdicción administrativa y dada la peculiaridad que representa la impugnación de una norma jurídica con carácter de ley. Es por esto que se debe prevenir adecuadamente la conversión del recurso en una especie de «supercasación», no olvidando su posición en el singular desarrollo histórico, ya mencionado, de los medios de control jurisdiccional de los actos del poder público.

Siguiendo un análisis sistemático del recurso constitucional se debería examinar a continuación el procedimiento de su sustanciación, la terminación del mismo y los efectos del particular proceso constitucional al que dé lugar. Pero no es éste el propósito de nuestro trabajo por lo que nos vamos a limitar a plantear una serie de interesantes y difíciles cuestiones —referidas ya a la J. C. L. en general— sobre una posible configuración del juez constitucional de la libertad: sus poderes cautelares, los posibles tipos de sentencias y sus efectos vinculantes, etc.

#### IV. LA FIGURA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD: REFLEXIONES EN TORNO A SU PROBLEMÁTICA FISONOMÍA

Desde luego si los problemas sobre procedimientos de admisión del recurso, legitimación o sobre el objeto del mismo son importantes no lo son menos, sin duda, los que se refieren a la forma de concluir la sustanciación de este tipo de impugnaciones y sus efectos, delicada cuestión que va a poner a prueba la verdadera eficacia de este nuevo tipo de tutela jurisdiccional.

---

(84) Cfr. sobre el caso concreto alemán el ya citada *Coloquio de Heidelberg*, página 798, *ivi* los comentarios críticos a este fenómeno en la intervención del profesor HECK.

IV.1. *Algunas sugerencias de "lege ferenda"*

En principio estamos persuadidos de la escasa utilidad de una J. C. L. entendida sólo como jurisdicción que constata la invalidez del acto público-lesivo de las situaciones jurídicas subjetivas constitucionalmente garantizadas. Tampoco parece suficiente un juez constitucional que anule el acto impugnado porque con frecuencia la anulación del mismo no basta para reintegrar el derecho lesionado. Acaso sea oportuno, por lo tanto, pensar en un sistema de acciones de condena que posibilite de algún modo al Tribunal la reintegración del derecho lesionado. Parece en principio lógico que una vez introducido un específico órgano de tutela del derecho fundamental, podría —como indica convincentemente La Pèrgola— este mismo órgano emanar, o al menos solicitar, según cada caso, una específica resolución dirigida a reintegrar el derecho lesionado, ahorrando así al particular una larga espera y el costo impuestos por la dispersión de los remedios disponibles entre más instancias jurisdiccionales, o incluso, entre diferentes poderes del Estado (85). Quizá se lograra así esa unitaria, completa y cualificada tutela del derecho fundamental que constituye la razón principal de la J. C. L.

Se podría pensar en un tipo de sentencia de algún modo equivalente a la *injunction* del juez anglosajón (86), es decir, que la misma sentencia dispusiera la reintegración específica del derecho lesionado —en los márgenes de lo técnicamente posible— requiriendo a la autoridad competente para proceder en tal sentido dentro de un término de tiempo que vendría fijado en la misma sentencia. Otra posible alternativa menos valiosa, en mi opinión, pero más acorde con el principio de separación de poderes, quizá fuera una mera sentencia de nulidad del acto impugnado acompañada de una resolución judicial constativa de lesión de un derecho constitucional y correlativamente del incumplimiento de los deberes del Estado, convertible, a su vez, en título accio-

---

(85) Op. cit., pág. 5.

(86) Según la definición de MAYERS la *injunction* bajo la forma de una prohibición consiste «nel formale avvertimento ad un soggetto di cessare dal compiere atti illegittimi o di omettere dal compierli a pena, oltre alla responsabilità nei confronti del danneggiato, di adeguate sanzioni per il disprezzo nei confronti dell'Autorità giudiziaria», Op. cit., pág. 194. Se debe hacer notar también que las *injunctions* en el sistema anglosajón «possono essere ottenute nei confronti delle pubbliche autorità con la medesima speditezza che vige per le persone private, e adempiono alle loro abituali funzioni di provvedere una pregevole alternativa all'azione per danni», cfr. WADE, Op. cit., página 313. Este mismo autor (págs. 311 y 254) menciona la función histórica que los Tribunales ordinarios cumplen en la protección de los derechos de los ciudadanos.

nable por el particular para la obtención de su pretensión. Es decir, una declaración judicial a la que la ley sobrepone determinados efectos que valen para asegurar una más adecuada tutela del derecho lesionado, viniendo a ser esta resolución declarativa adjunta un presupuesto de la ejecución de la sentencia. Parece también necesario, y sobre todo en materia de derechos sociales, que se dote a la autoridad judicial constitucional de ciertos poderes de recomendación respecto a la Administración pública y al poder legislativo principalmente. Relevante doctrina piensa también que al juez constitucional deben ser asignados amplios poderes cautelares y de urgencia, mayores y menos vinculados que los confiados a otra clase de jueces (87). Se trata, en definitiva, de constatar que la función a él encomendada por algunos ordenamientos exige un determinado nivel de discrecionalidad de sus poderes (88).

En materia de tutela cautelar se hace preciso recordar la técnica alemana de las *Einstweilige Anordnung*. Conforme a ésta «el Tribunal constitucional, cuando existan divergencias, puede disciplinar temporalmente un estado de hecho con una orden provisional (*einstweilige Anordnung*) cuando esta medida presente un interés de urgencia para evitar graves inconvenientes, para hacer frente a amenazas de violencia o por cualquier otra razón importante para el bien público» (art. 32, par. 1 de la *BVerfGG*). El legislador alemán se ha basado en la experiencia análoga de la República de Weimar (ley sobre el «*Staatsgerichtshof*» del 9 de julio de 1921 y el «*Geschäftsordnung des Gerichtshofs*» del 20 de septiembre de 1921) y en el desarrollo que ha tenido esta técnica jurídica en el Derecho procesal civil. Esta estimable y necesaria facultad judicial —que requiere «*enge materielle Voraussetzungen*»— y que pretende satisfacer, de un lado, la «*Sicherung einer Individualleistung*» y de

(87) Cfr. G. LEIBHOLZ: «El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política», en *Problemas fundamentales de la Democracia Moderna*, Madrid, 1971, págs. 147 y sigs.

(88) Como hace notar la doctrina, la particularidad misma de las normas constitucionales (reticencia, ambigüedad, genericidad, etc.) imprime a la interpretación constitucional algunas características: poder amplio de valoración, necesidad de integrar la norma a la luz de los valores constitucionales y cooperar como dice el mismo BVG a la *Fortbildung des Verfassungsrechts* a través de una *schöpferische Auslegung*, etc. Para CAPPELLETTI también revela una más acentuada tendencia a manifestarse como interpretación *ad finem* y puede, por lo tanto, considerarse como actividad tendencial. (y acentuadamente) discrecional (vid. *Attività e poteri...*, cit., pág. 122 y sigs.). Con una orientación diversa vid. A. PENSOVECCHIO LI BASSI: *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, 1972. En nuestra doctrina puede verse P. LUCAS VERDÚ: «La interpretación constitucional», en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, 1957.

otro la «Sicherung des Rechtsfriedens» (89), no ha sido muy utilizada por el Tribunal de Karlsruhe.

En estrecha conexión con todo lo anterior, opino también que en el proceso constitucional de la libertad deben regir los principios inquisitorios y de gratuidad y que el juez ha de contar con amplios poderes en materia de prueba y con la colaboración de todos los Tribunales y autoridades administrativas (artículo 21 de la BVerfGG).

Indicadas ya estas sugerencias sobre el órgano al que compete la decisión de los litigios constitucionales en materia de libertad, no estará de más recurrir a la ayuda del Derecho comparado en busca de las aportaciones que en materia de tipología de sentencias comienza a suministrar la práctica de numerosos Tribunales constitucionales.

#### IV.2. *Particularidades del Derecho constitucional comparado en materia de tipología de sentencias*

Si bien el tipo de sentencias que describimos brevemente a continuación han surgido de la práctica del control de constitucionalidad de las leyes, es decir, fuera del ámbito de la J. C. L., nos parece necesario hacer, sin embargo, una breve alusión a esta interesante fenomenología procesal. No hay que olvidar, además, que la J. C. L. también entiende, aparte de actos administrativos y sentencias, de leyes que pueden lesionar esa importante parte de toda carta constitucional que tipifica los derechos fundamentales.

Parece lógico, en principio, que los Tribunales constitucionales, con el deseo de contener las consecuencias negativas que surgen de sus decisiones de «accoglimento» busquen soluciones intermedias entre la rígida alternativa de eliminación de la norma o confirmación de la validez de la misma (90).

Me gustaría, en principio, hacer referencia a la modalidad austriaca de la

(89) Así las define H. LECHNER en Op. cit., pág. 235, com. § 32 BVerfGG: «... sind hiernach vorläufige Verfügungen des Gerichts, die zur Vermeidung von Rechtsnachteilen in einem beschleunigten Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung ergehen».

(90) «In order to minimize the consequent vacuum and other possible difficulties, the Court has fashioned several additional types of judgements which allow the form and content of its decisions to meet the peculiar problems created by each declaration of unconstitutionality, and to fill the gap between the severe effect of a judgment of acceptance and the limited force of rejection», en V. VIGORITI: «Admonitory Functions of Constitutional Courts: Italy», en *Journal of Comparative Law*, vol. 20, 1972, página 405. Sobre el control judicial de constitucionalidad de las leyes y sus límites, vid. N. TROCKER, Op. cit., págs. 1167 y sigs.

*sentencia pro futuro*. El artículo 140, sección 3.<sup>a</sup> de la Constitución austríaca, concede al Tribunal constitucional el «poder discrecional de disponer que la anulación de la ley opere sólo a partir de una determinada fecha sucesiva a la publicación de su decisión, siempre que tal aplazamiento de la eficacia constitutiva de la decisión misma no sea superior a un año» (91). Y en aplicación de este precepto ha procedido la sentencia del 19 de diciembre de 1972 del «Verfassungsgerichtshof» sobre el gratuito patrocinio por pobreza, anulando por inconstitucionalidad los artículos 66, par. 2.<sup>a</sup> y 67 de la «Zivilprozessordnung» pero declarando que la anulación tendrá eficacia a partir del 30 de noviembre de 1973 (92). Las ventajas de esta modalidad de sentencia son, en mi opinión, que se evita en medida estimable el vacío normativo mientras, por otra parte, se invita al Parlamento a proceder en cierto sentido dentro de un determinado período de tiempo, sin olvidar que esta posible alternativa que necesita ciertos límites, difícilmente determinables *a priori*, plantea también algunos problemas (93).

También me parece relevante en este contexto el ejemplo yugoslavo. El artículo 245, par. 1.<sup>a</sup> de la Constitución yugoslava de 1963 concede un plazo de seis meses para que la Asamblea federal adapte a la Constitución la ley federal que se ha constatado como anticonstitucional por el Tribunal constitucional. Si el citado Parlamento no procede en el plazo indicado, la ley o sus disposiciones no conformes a la Constitución «cesseront d'être valables». El mismo plazo se aplica a los Parlamentos de las Repúblicas Federadas para adaptar a la Constitución federal una ley estatal que el Tribunal haya declarado inconstitucional (art. 246, par. 1.<sup>a</sup> Constitución) (94).

En la práctica del Tribunal constitucional italiano, y siguiendo la tipología indicada por Vigoriti, se pueden distinguir, desde un primer punto de vista, tres categorías de sentencias: «The interpretive judgement of rejection», «The interpretive judgement of acceptance» y «The creative judgement of acceptance» (95). La primera categoría está formada por lo que en Italia se llama las *sentenze interpretative di rigetto* en las que el Tribunal, aun desestimando la cuestión, interpreta en un cierto sentido la norma sometida a su juicio. Dentro de este tipo de resoluciones que ha planteado abundantes proble-

(91) Cfr. M. CAPPELLETTI: *Il controllo...*, cit., pág. 106.

(92) Cfr. Foro It. 1973, fasc. 6, vol. XCVI. col. 79 y sigs. con nota de M. CAPPELLETTI y N. TROCKER.

(93) Cfr. VIGORITI. Op. cit., pág. 411.

(94) Cfr. NIKOLA SRZENTIC: «Les Juridictions Constitutionnelles Yougoslaves», en el vol. col. del *Centre Français de Droit Comparé*, París, 1966, págs. 203 y sigs.

(95) Op. cit., págs. 405 y 406.

mas (96) se puede distinguir entre las sentencias interpretativas meramente «correctivas» y las sentencias interpretativas «adaptadas», según la interpretación jurisprudencial sea inadmisibile *ab origine* o a causa del nuevo contexto histórico-constitucional (97). La segunda categoría de la tipología de Vigoriti corresponde a las llamadas *pronuncie di accoglimento*, entre las que Sandulli distingue: «*sentenze di caducazione parziale*» y las «*sentenze manipolative*» con las que se logra salvar parte del texto legislativo anulando sólo las partes viciadas de inconstitucionalidad (98). Para los casos de sustancial reconstrucción de los textos legislativos y también en los de inercia del legislador, es importante aludir a la tercera categoría de sentencias, es decir, a las llamadas «*sentenze creative di norme: "sostitutive" ó "aggiuntive"*» (99). Por último, es preciso mencionar un tipo de resoluciones del Tribunal denominado «*raccomandazioni*» que se dirigen al Parlamento, como autorizadas sugerencias en base a diversas consideraciones, para urgirle el cumplimiento del mandato constitucional, o bien requiriendo una aclaración de normas dudosas o una regulación de alguna laguna existente en cualquier campo del ordenamiento jurídico (100).

(96) Cfr., al respecto, A. M. SANDULLI: *Il Giudizio sulle leggi*, Milán, 1967, páginas 54 y sigs.; L. MONTESANO: «L'oggetto del giudizio costituzionale e l'interpretazione giudiziaria delle leggi», en *Scritti per Giuffrè*, vol. III, Milán, 1967, págs. 643 y siguientes; N. ASSINI: *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "Guerra delle due Corti"*, Milán, 1973; M. CAPPELLETTI: «Spunti da una discussione su problemi attuali della Giustizia Costituzionale», en *Giur. Cos.*, 1967, págs. 581 y sigs. Se ha comprobado la ineficacia de este tipo de sentencias que en la práctica del Tribunal han disminuido de número aumentando correlativamente las sentencias interpretativas *di accoglimento* (vid. VIGORITI, Op. cit., pág. 413), se ha propuesto la alternativa de las *sentencias condicionales* y, en definitiva, lo que se ha puesto en tela de juicio es el poder interpretativo de la misma Corte Constitucional. En efecto, puede suceder que los jueces ordinarios no se acojan a las interpretaciones de las leyes ordinarias dadas por la Corte provocando esta situación, como dice BRANCA (*Corte Costituzionale: un anno di attività*, Foro It., vol. XCIV, 1971, parte quinta, col. 1 y sigs.), *qualche disagio*. Si se diese a esta interpretación —sigue diciendo BRANCA— en Italia un valor vinculante, quizá gran parte de nuestros problemas se podrían resolver con menor daño y ruido para la sociedad y para la opinión común. Parece claro que la opinión del que ha sido reciente presidente del Tribunal Constitucional italiano es favorable a la asignación de un *Bindungswirkung* para las sentencias interpretativas desestimatorias. Cfr., también, G. AMANTO: *Troppo coraggio o troppa cautela nelle Corte contestata?*, nota a la sentencia núm. 62, de 1971, en *Giur. Cost.*, 1971, 2, págs. 603 y sigs.

(97) Cfr. A. M. SANDULLI, Op. últ. cit., pág. 56.

(98) Op. cit., págs. 58 y sigs.

(99) Op. cit., págs. 63 y sigs.; VIGORITI, Op. cit., pág. 406.

(100) Con este último tipo se sugieren al Parlamento los criterios conformadores de una futura ley, de modo que siguiendo sus indicaciones no tenga el riesgo de ser declarada inconstitucional. Cfr. VIGORITI, Op. cit., pág. 408.

IV.3. *Problemas finales*

Insinuadas ya algunas posibilidades en relación con la tipología de las sentencias, surge de inmediato la compleja cuestión de cuál debe ser la eficacia vinculante de las decisiones de los órganos de garantía constitucional. Escapa a nuestras fuerzas insinuar cualquier posible respuesta a este problema, limitándonos a informar de la existencia del artículo 31 de la *BVerfGG* que establece un «*Bindungswirkung*» de las citadas decisiones de frente a los órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder*, así como también en relación con todos los Tribunales y autoridades. A este efecto vinculante se añade, en el segundo párrafo del citado artículo, la «*Gesetzeskraft*». En relación con lo anterior nace uno de los problemas más difíciles y aún no satisfactoriamente resuelto que es el que plantean los *comportamientos omisivos* que lesionan derechos fundamentales (101). Se podría pensar, por ejemplo, en algún remedio jurisdiccional para obviar la inactividad del legislador porque como bien dice Mortati en un trabajo optimista a este respecto «la discrecionalidad del legislador debe ceder de frente a prescripciones constitucionales que le imponen la obligación de proveer a la tutela de derechos puestos como fundamentales» (102). Y de cara, quizá, a omisiones del poder ejecutivo pudiera pensarse en la posibilidad de un recurso directo por omisión de un acto legalmente debido. Todo ello sin olvidar la eficacia que los derechos fundamentales, como derecho inmediatamente vigente y aplicable, despliegan frente a terceros. Y es así como desembocamos en dos de las grandes cuestiones que caracterizan el cambio histórico que se ha operado en materia de Derechos fundamentales; nos referimos a las llamadas *Drittwirkung* de los *Grundrechte* y a la *Funktionswandel* de las normas constitucionales inactuadas, con el correla-

---

(101) Son relevantes aquí estas líneas de CAPPELLETTI: «La condanna (come pure una qualsiasi costituzione di un obbligo di fare) sembra esclusa perfino quando sarebbe intensa al perseguimento dell'interesse stesso, che sta base del diritto fondamentale: come ad es. una condanna al compimento dell'atto obbligatorio, incostituzionalmente omesso da parte dell'autorità. Epperò qui potrebbe forse vedersi, direi, una lacuna della legge tedesca (se refiere a la *BVerfGG*) in tema di effetti dell'istituto in esame. Quale sarà infatti la tutela del cittadino lesa da un *comportamento omisivo*?», en *La Giurisdiizione.... cit.*, nota 342, pág. 108.

(102) «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti amissivi del legislatore», en *Foro It.*, 1970, V, pág. 191. Puede verse también N. TROCKER: «Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà», en *Archivio Giur.*, vol. CLXX-VIII, núm. 178, 1970, págs. 88 y sigs.

tivo ensanchamiento del poder judicial (103). En base a esta transformación funcional de los derechos fundamentales *ex art. 1, par. 3 de la ley Fundamental de Bonn* «se viene a reconocer a los jueces un poder de integración creadora que se desarrolla *secundum constitutionem* y se dirige *contra legem...* o incluso para crear *ex novo* una determinada disciplina «normativa». Al lado del control de constitucionalidad *repressivo* de exclusiva competencia del «Bundesverfassungsgericht», control claramente inadecuado de frente a los derechos sociales, se configura así un control *creativo* de carácter «difuso», es decir, que compete a todos los jueces y aplicable también contra la voluntad legislativa explicitada en una norma ordinaria» (104).

Para terminar me limitaré a enunciar alguna de las cuestiones de gran efervescencia que surgen en relación con el tema del que nos hemos ocupado. Estas son, entre otras: el problema de la ejecución de las sentencias en la J. C. L. dentro del que se debe recordar la fórmula del artículo 35 de la *BVerfGG*; o el de los límites objetivos de la eficacia vinculante de las decisiones del juez constitucional de la libertad. Llegando más a la raíz de las cuestiones se desemboca en la necesidad de un nuevo planteamiento del principio de la separación de poderes, de una nueva delimitación de la jurisdicción constitucional y de una adecuada articulación entre las distintas jurisdicciones, concretamente en nuestro caso entre la jurisdicción administrativa y la J. C. L. (105).

Son problemas, todos ellos, capitales del actual Derecho público europeo, sobre los que volveremos en otra ocasión.

JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO

(103) Entre la abundante literatura desplegada en torno a la cuestión de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, vid. NEUMANN - NIPPERDEY - SCHEUNER: *Die Grundrechte*, vol. 2, pág. 18. En contra, cfr. E. FORSTHOFF: *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, 1973, págs. 211 y 223.

(104) N. TROCKER: *I rapporti tra cittadino e Stato...*, cit., pág. 1178-1179.

(105) Ya en nuestro país el profesor CLAVERO ARÉVALO, *Op. cit.*, pág. 30, ha llamado la atención sobre el paralelismo entre la Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa, viendo que entre ambos afines campos existe una amplia posibilidad de trasplante de técnicas. No hay que olvidar, además, que la justicia administrativa representa hoy día un estimable e importante medio, aunque indirecto, de tutela jurisdiccional de los derechos que intenta proteger directa y específicamente la JCL. ...



## R É S U M É

L'auteur se propose d'analyser l'un des domaines les plus intéressants de la Justice Constitutionnelle: celui de la réalisation par voie juridictionnelle des droits fondamentaux constitutionnellement garantis.

Il fait tout d'abord un juste bilan de la signification et fonctionnalité actuelles de cette institution complexe et relativement récente de l'actuel constitutionalisme qui s'occupe de la "Judicial Review" et de la "Verfassungsgesichtbarkeit".

Il continue ensuite par une analyse détaillée d'une institution juridique spécialement intéressante: le recours constitutionnel. D'un point de vue du droit comparé et couvrant un large éventail de problèmes urgents iuspublicistes, s'étudient: le droit positif de la matière, la possible régulation de son procédé d'admission, les problèmes en matière de légitimisation et l'objet du recours.

L'étude se termine par quelques propositions de "lege ferenda" sur la figure problématique de l'organe juridictionnel qui doit s'appliquer à la protection et réalisation des droits fondamentaux, constitutionnellement garantis, face à n'importe quelle disposition des pouvoirs publics et particuliers.

Il s'agit en somme d'une prise de conscience de quelques uns des problèmes les plus marquants que dans l'expérience juridique actuelle pose l'ainsi appelée "Giurisdizione costituzionale delle libertà" et ce que ceci signifie dans la nouvelle physionomie qui configure le Droit public de nos jours.

## S U M M A R Y

The author sets out to analyse one of the most interesting fields of Constitutional Justice: the claiming by recourse to jurisdiction of fundamental rights that are guaranteed by the constitution.

He begins by weighing up succinctly the present-day significance and functioning of that complex and relatively recent institution, contemporary constitutionalism, which deal with "Judicial Review" and "Verfassungsgesichtbarkeit".

He continues with a detailed analysis of a juridical point of special interest: constitutional appeal. From the angle of comparative law, and tackling a broad range of pressing problems in public law, he examines the following aspects: the point of Law pertaining to the case, the difficulty of arriving at a norm for the procedure of its admission, the problems with respect to legitimisation and the object of the appeal.

The study concludes with some proposals for "lege ferenda" applicable to that problematic figure, the jurisdictional body which is to be responsible for the protection and application of fundamental rights that are guaranteed by the constitution, in the face of whatever measures might be taken by public authorities or by private persons.

In brief, this is an attempt to come to grips with some of the most relevant problems posed in contemporary juridical situations by the so-called "Giurisdizione costituzionale delle libertà" and what this means in the light of the new shape that public law in our times is assuming.