

TITULARIDAD Y LEGITIMACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. UNA PERSPECTIVA COMPARADA*

Tania GROPPi**

SUMARIO: I. *La justicia constitucional y la garantía de los derechos fundamentales.* II. *El éxito de la justicia constitucional en el siglo XX.* III. *¿Modelos de justicia constitucional? Unas tipologías clásicas.* IV. *Legitimación ante la jurisdicción constitucional y modelos de justicia constitucional.* V. *El acceso “directo y concreto”: más allá de la distinción sistemas difusos/concentrados.* VI. *El acceso “directo y abstracto”.* VII. *Conclusiones: legitimación ante la jurisdicción constitucional y discrecionalidad de los tribunales en la selección de los casos.*

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El tema de la titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional necesita ser abordado, en perspectiva comparada, dentro del tema más amplio de los modelos de justicia constitucional y de la función que ésta desarrolla en el Estado democrático-pluralista.

Como es sabido, la justicia constitucional es una técnica de defensa jurisdiccional de la Constitución (de su rigidez) frente a actos y compor-

* Este estudio, que fue presentado por primera vez en el seminario Los Tribunales Constitucionales y Acceso a la Justicia, que tuvo lugar en la Antigua Guatemala, del 10 al 12 de julio de 2006, es dedicado al doctor Héctor Fix-Zamudio, cuyas aportaciones al derecho constitucional comparado son imprescindibles para cualquier jurista en el mundo.

** Catedrática de Derecho constitucional, Universidad de Siena.

tamientos, principalmente de los poderes públicos, incluida la ley del Parlamento.¹

En las Constituciones, ya así lo establecía el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se encuentran normas sobre las relaciones entre poderes, normas sobre derechos. Justamente, la justicia constitucional es una técnica de defensa (jurisdiccional y no política) de toda la Constitución, de su doble tipos de normas.

En el origen histórico de la justicia constitucional se encuentran ambas perspectivas. De este modo, si en la experiencia norteamericana prevalece al comienzo la exigencia de garantizar la separación de los poderes (en el sentido del Poder Constituyente respecto al Legislativo), y en el siglo XIX en unos países federales europeos la de garantizar la separación vertical, territorial, del poder entre Federación y Estados miembros (Alemania, Suiza, Imperio austro-húngaro), en América Latina surge ya en el siglo XIX un tipo de justicia constitucional que tiene como finalidad principal la protección de los derechos reconocidos en la Constitución.

A pesar de los orígenes, el desarrollo de la justicia constitucional, también donde ha nacido como técnica de garantía de la separación de los poderes, se ha convertido cada día más, en el siglo XX, en una “jurisdicción constitucional de las libertades”,² incluso en países donde existían obstáculos de orden constitucional en contra de un desarrollo de este tipo. Como ejemplo podemos citar a Francia (en la Constitución de la V República no existe una carta de los derechos), donde el Conseil constitutionnel ha establecido que puede ser parámetro del control de la constitucionalidad la declaración de 1789 (por la vía del preámbulo de la Constitución de 1946); o Bélgica, donde a la Cour d’Arbitrage, nacida con la función de resolver los posibles conflictos entre las distintas fuentes con fuerza de ley, le fue atribuido con posterioridad el control del res-

¹ La justicia constitucional —por su carácter jurisdiccional, al realizarse en la forma del proceso por un órgano imparcial, externo al circuito de la dirección política— debe considerarse distinta a las formas de garantía política de la Constitución, de las que se encuentran numerosos ejemplos en la historia de las Constituciones, desde los éforos de la Constitución espartana hasta los distintos tipos de Senado (del romano al de las monarquías de la Restauración) y más tarde, el presidente de la República en las formas de gobierno parlamentario, véase Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 11 y ss.

² Cappelletti, M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffré, 1955; véase la traducción castellana de Fix-Zamudio, H., *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM-Instituto de Derecho Comparado, 1961.

peto del principio de no discriminación, de lo cual empezó a desarrollar una jurisprudencia sobre derechos, hasta el punto de convertirse en garante de los derechos fundamentales del ciudadano frente a los poderes públicos, en línea con lo que contemporáneamente sucedía con los tribunales constitucionales de los demás países europeos. La ampliación del parámetro de control sólo se realiza, normativamente, en 2003, cuando se reforma la Ley especial de 6 enero de 1989, de manera que entre las normas que sirven de parámetro de control ingresan los derechos del título II de la Constitución, “Des Belges et de leurs droits”.

II. EL ÉXITO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XX

El modo en que se activa el control de constitucionalidad, es decir, la titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional, determina, primariamente, el papel que la justicia constitucional desarrolla en el orden jurídico: no solamente acerca de su posición de jurisdicción “de los derechos” o “de los poderes”, sino, además, de su relación con los demás poderes del Estado y con los ciudadanos.

Intentaré examinar este tema en los diferentes modelos de justicia constitucional, a pesar de que cada día es más difícil hablar de modelos, frente a la expansión de la justicia constitucional en el siglo XX. Se ha llegado a sostener que si el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el siglo XX ha sido el de la justicia constitucional.³

Esta expansión se produce sobre todo en relación con los procesos de democratización: hoy es inconcebible la adopción de una nueva Constitución democrática que no prevea formas de garantía jurisdiccional de su supremacía. La justicia constitucional se considera hoy elemento cardinal del Estado democrático. Es su ausencia la que puede hacer dudar el carácter democrático de un ordenamiento. La experiencia de estas últimas décadas es clara en este sentido. Dondequiera que se ha asistido a un proceso de democratización, éste ha ido acompañado de la creación de órganos de justicia constitucional, así ha sido en África, en América Latina, en los países de Europa centro-oriental.⁴

³ Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968.

⁴ Sobre esta expansión véase Favoreu, L., *Les cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, PUF, 1996, 4, que habla de *vagues*; Groppi, T., “Giustizia costituzionale. Diritto comparato”, en Cassese, S. (coord.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 2006.

Mas allá de la democratización, se ha asistido también al nacimiento de sistemas de justicia constitucional en ordenamientos ya democráticos, que en un cierto momento han aceptado someter la ley a alguna forma de control jurisdiccional: esto muestra que existe un modelo de democracia constitucional que comprende entre sus elementos necesarios la justicia constitucional, y que representa un modelo hacia el que se debe tender no sólo para las “nuevas democracias”, sino también para las democracias consolidadas. Una prueba más de la existencia de esta segunda línea de tendencia, que va mucho más allá de la democratización, es que ordenamientos que tradicionalmente se han mostrado reacios a admitir cualquier tipo de control jurisdiccional de la ley, como los de tradición británica, han ido progresivamente plegándose a la necesidad de establecer alguna forma de justicia constitucional, como demuestran las experiencias de Sudáfrica, Canadá, Nueva Zelanda, Israel y, por último y de alguna manera, Reino Unido.⁵

III. ¿MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL? UNAS TIPOLOGÍAS CLÁSICAS

Frente a esta variedad de experiencias es cada día más difícil, como lo he puesto de manifiesto con anterioridad, encajarlas en categorías tipológicas, aunque sea con una finalidad descriptiva.

Muy sintéticamente se pueden evocar aquí unas de las principales clasificaciones. La primera identifica dos modelos, que corresponden a los prototipos históricos, el estadounidense y el austriaco, limitadamente al control de constitucionalidad de las leyes (que es solamente una de las funciones que van por debajo del nombre “justicia constitucional”).⁶ En el esquema clasificatorio de Cappelletti, el modelo estadounidense se caracteriza por ser difuso, incidental y declarativo. Difuso porque todo juez está legitimado para ejercer el control de constitucionalidad. Incidental porque el control se desarrolla como “incidente” en el ámbito de un juicio que tiene un objeto distinto, respecto al que se presenta como una cuestión prejudicial: se trata de un control concreto, que se verifica en el momento en que la ley debe aplicarse a un caso concreto. Declarativo

⁵ Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996.

⁶ Cappelletti, M., *op. cit.*, nota 3, pp. 49 y ss.

porque la sentencia mediante la que se desaplica una ley inconstitucional se limita a declarar la invalidez, *ab origine*, de la ley por ser incompatible con la Constitución, sin anularla, aplicando directamente la Constitución: los efectos de la sentencia son retroactivos (*ex tunc*) e *inter partes*. De ahí deriva un sistema de justicia constitucional fuertemente dominado por la tutela de los derechos subjetivos, en relación con el que el control de la ley se produce *per incidens*, en procedimientos judiciales que implican concretamente los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de representación.

El modelo austriaco (en el planteamiento original de 1920) es concentrado, principal y constitutivo. Concentrado porque la función de juzgar la constitucionalidad de las leyes se niega a la generalidad de los jueces y de los operadores jurídicos y se reserva, por el contrario, a un órgano al efecto. Principal porque el control de constitucionalidad se solicita en vía de acción, mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la Constitución, independientemente de una concreta aplicación de ésta. Constitutivo porque las sentencias con las que se declara la inconstitucionalidad de la ley determinan su derogación, *ex nunc* y *erga omnes*, sin prejuzgar las posibles aplicaciones que la ley hubiera tenido en el pasado. Se trata de un sistema dirigido esencialmente a asegurar la constitucionalidad del derecho objetivo, mediante la eliminación de las leyes inconstitucionales, y que ha encontrado su culminación allí donde, como en la experiencia francesa, el control de constitucionalidad se desarrolla únicamente *a priori*, antes de la entrada en vigor de la ley: aquí la tutela de los derechos aparece como una simple consecuencia de la conformidad de la ley a la Constitución.

Otros autores, considerando los desarrollos de los sistemas concentrados (empezando por Italia y Alemania), y sobre todo la previsión, junto al control abstracto de las normas, de un control concreto, que se activa en vía de excepción, a través de una cuestión de constitucionalidad promovida, de oficio o a instancia de parte, por un juez común en el curso de un proceso, en el momento en que debe aplicar una norma a un caso concreto, subrayan que elementos del sistema difuso (el carácter concreto del proceso, los efectos retroactivos de las sentencias), penetran en los sistemas concentrados, obligando a la doctrina a hablar de una superación de la distinción entre sistemas con control difuso/sistemas con con-

trol concentrado para clasificar los sistemas en sistemas concretos/abstractos de justicia constitucional.⁷

Incluso, la necesidad de nuevas clasificaciones ha sido puesta de manifiesto por la introducción en muchos sistemas concentrados de una competencia más del tribunal constitucional, que se suma a las tradicionales de los órganos de justicia constitucional (control jurisdiccional de constitucionalidad de la leyes, resolución de los conflictos constitucionales): la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones (*Verfassungsbeschwerde* o recurso de amparo). Se trata de un proceso constitucional de carácter concreto y subjetivo, que tiene naturaleza residual y subsidiaria, que sirve de garantía última de los derechos fundamentales, cuando han sido agotados todos los remedios que ofrece la justicia ordinaria y administrativa. Aunque existen diferencias al respecto entre los países de referencia (en Alemania, objeto de recurso puede ser todo tipo de acto: legislativo, administrativo o judicial; mientras en España se excluye el amparo frente a leyes), en todas las experiencias este tipo de competencia absorbe la gran parte del trabajo de ambos tribunales constitucionales y, dado que la mayoría de los recursos son contra sentencias (esto no es posible en Austria), el juez constitucional acaba por convertirse en órgano judicial supremo que uniforma la jurisprudencia de las más altas instancias. A la luz de este desarrollo, algunos autores han introducido una ulterior clasificación de modelos de justicia constitucional, distinguiendo un modelo “centrado en la ley”, o mejor, en la eliminación del ordenamiento jurídico de las normas inconstitucionales, y un modelo centrado en la defensa de los derechos. El modelo centrado en la ley encuentra su aspecto característico en el control abstracto, mientras que el modelo centrado en la defensa de los derechos lo encuentra en el control concreto y en el recurso directo individual: la tendencia de los sistemas concentrados sería la de un desplazamiento del primero al segundo modelo, esto es, hacia una jurisdicción constitucional fundada en la defensa de los derechos, lo que encontraría ex-

⁷ Pizzorusso, A., “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quad. Cost.*, 1982, pp. 521 y ss.; Fromont, M., *op. cit.*, nota 5, pp. 42 y ss.; Fernández Segado, F., “El control de constitucionalidad en Iberoamérica”, en García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, 975, que individúa una contraposición entre control de la ley —al margen de su aplicación— y control que se lleva a cabo con ocasión de la aplicación de la ley.

plicación en el espacio adquirido por el recurso en defensa de los derechos fundamentales.⁸

IV. LEGITIMACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Más allá de las opciones sobre los “elementos determinantes” para clasificar los sistemas de justicia constitucional, hay que subrayar que en cada ordenamiento conviven normalmente más modos de suministrar justicia constitucional.⁹

La línea de tendencia en la evolución de los sistemas de justicia constitucional es la de la “suma progresiva”, según una regla con base en la cual los sistemas más recientes son mucho más complejos que los precedentes, en cuanto que reciben todo el instrumental que ofrece el “mercado” del derecho comparado tanto en términos de vías de acceso al control de constitucionalidad de las leyes como en relación con la tipología y los efectos de las sentencias, como de “otras competencias” de los tribunales constitucionales. La experiencia de los países de Europa centro-oriental es, desde este punto de vista, emblemática; y no es casualidad que el sistema de justicia constitucional que ha ejercido la mayor influencia en esos países haya sido el alemán, seguramente el más rico y complejo entre los más maduros.

Alejándose de las clasificaciones tradicionales, hay que buscar una clasificación útil para el análisis de las diferentes previsiones sobre titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional, que tenga en cuenta esta complejidad.

La premisa es que, en cuanto a la univocidad o pluralidad de los tipos de acceso utilizados, la mayoría de los ordenamientos son “mixtos”, es decir, emplean conjuntamente diversas modalidades; los “puros”, que utilizan un único sistema, son muy pocos: el control concreto e incidental en los Estados Unidos y ordenamientos derivados, el abstracto y principal en Francia. En cuanto a la calidad de los sujetos titulares, hay que te-

⁸ Rubio Llorente, F., “Tendences actuelles de la jurisdiction constitutionnelle en Europe”, *Ann. Inter. Justice Const.*, XII, 1996, pp. 16 y ss.

⁹ Pegoraro, L., “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, en Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, pp. 77 y ss.

ner en cuenta que la mayoría de los ordenamientos son “abiertos”, es decir, no se limitan taxativamente a entes y órganos del Estado, sino tienen como protagonistas a otros entes u órganos (incluso jueces) y personas físicas y jurídicas. El único ordenamiento “cerrado” es, una vez más, Francia.¹⁰

Las parejas de conceptos que nos sirven son dos: acceso directo/indirecto; control abstracto/concreto.

Sobre el control abstracto y concreto no hay que añadir mucho: el control es concreto cuando actúa sobre una ley (u otro acto) en el momento de su aplicación; es abstracto cuando es independiente de cualquier aplicación.

Algo más hay que decir sobre la pareja acceso directo/indirecto, para evitar cualquier confusión terminológica. El acceso es “directo” cuando el sujeto legitimado puede acudir directamente al juez de la constitucionalidad, sea un juez especializado (un tribunal constitucional), sea un juez ordinario, a pesar, en este último caso, de que el control sea difuso o concentrado en un tribunal supremo. Lo importante es que se determine un juicio sobre la constitucionalidad de un acto que pueda ser estimado o desestimado por el juez mismo, sin acudir a una instancia superior.

El acceso es “indirecto” cuando el problema de constitucionalidad surge frente a un juez que no puede, por sí mismo, tomar una decisión sobre la inconstitucionalidad que le ha sido presentada, sino que tiene que remitir la cuestión al tribunal especializado.

Me parece que aquí derivan tres modalidades de acceso (no cuatro, porque no existen, si no me equivoco, casos de acceso indirecto y abstracto), que conviven en la mayoría de las experiencias, aunque una sea de norma prevalente, y que pueden ser analizadas particularmente, sin alguna pretensión más: *a)* acceso directo con control concreto; *b)* acceso directo con control abstracto; *c)* acceso indirecto con control concreto.

Los sistemas de acceso directo con control concreto incluyen sea el acceso incidental en los sistemas difusos, sea el recurso individual en los sistemas concentrados. Las problemáticas sobre la legitimación y titularidad son semejantes, como veremos con unos ejemplos, sobre todo en cuanto a que en los sistemas difusos se mantenga una noción de *justiciability* que excluya los asuntos en razón de su *ripeness* or *mootness* (es decir, que la norma tenga que ser aplicada en una controversia real entre las

¹⁰ *Ibidem*, p. 112, que se refiere también a Austria, pero solamente como prototipo.

partes) y en los sistemas concentrados se mantenga firme la exigencia, para admitir a trámite el recurso directo, que exista “interés propio, actual e inmediato”.

En ambos casos, el juicio frente al juez de la constitucionalidad es un “juicio de derecho subjetivo”, un juicio de partes y esto influye sea sobre el proceso constitucional, sea sobre las consecuencias de las decisiones estimatorias (tendencialmente *inter partes*).

El acceso directo con control abstracto se encuentra en los sistemas concentrados, donde se reconoce la titularidad a interponer recurso, a pesar de la aplicación de la ley, a unos entes u órganos públicos o, a veces, a particulares (*actio popularis*). Aquí el juicio constitucional es un juicio de derecho objetivo, que tiene como finalidad principal la consitucionalidad del orden jurídico, más que la defensa de derechos subjetivos.

En los sistemas indirectos el control de constitucionalidad es concentrado en un tribunal constitucional, al que el juez ordinario remite cuestión de constitucionalidad sobre una norma que tiene que aplicar en su proceso, de oficio o a instancia de las partes. En este sistema el control, como se ha dicho,¹¹ es al mismo tiempo concreto y abstracto. La concreción en el planteamiento de la cuestión convive con la abstracción del enjuiciamiento, que es una comparación en abstracto entre dos normas jurídicas. El proceso constitucional, que se desarrolla frente a un juez que no es el del proceso principal, con lo cual existe una relación de prejudicialidad, tiene un carácter mixto, de derecho subjetivo (por ejemplo, en varios países, entre ellos, Italia y Alemania, las partes del juicio principal pueden constituirse) y objetivo (a veces, como en Italia, participa el gobierno, en defensa de la ley; las sentencias estimatorias tienen efectos *erga omnes*; el juicio constitucional continúa a pesar de los acontecimientos en el juicio principal etcétera). No me ocuparé de este sistema de control, porque por lo que se refiere a la legitimación, me parece que tiene un interés limitado: es el juez ordinario el que puede remitir la cuestión. El problema de la legitimación a acudir a la jurisdicción constitucional se transforma en el problema de determinar, en cada país, cuál es la noción de lo judicial y dónde pasan sus fronteras, con respecto a otras actividades de aplicación del derecho, como la actividad administrativa; entre las dos existe una zona gris, donde las fronteras se confunden, y cada experiencia de control por vía de excepción tiene que definir las. Por

¹¹ Fernández Segado, F., *op. cit.*, nota 7.

el contrario, la legitimación ante el juez ordinario, para pedirle que remita la cuestión, no tiene ninguna especialidad respecto al tema más general del acceso a la justicia.

V. EL ACCESO “DIRECTO Y CONCRETO”: MÁS ALLÁ DE LA DISTINCIÓN SISTEMAS DIFUSOS/CONCENTRADOS

1. *El standing en los Estados Unidos y Canadá*

Después de estas larguísimas premisas, vamos a concentrarnos sobre el acceso directo, sea con control concreto, sea con control abstracto.

En cuanto al control concreto, hay que distinguir los países de control difuso y los de control concentrado.

En los países que tienen un control difuso (Estados Unidos y derivados), en principio, la legitimación (*standing*) en casos constitucionales no tiene ninguna peculiaridad con respecto a la legitimación en casos “ordinarios”.¹² Como premisa, según el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, tiene que existir un *case or controversy*. El actor debe alegar una lesión (*injury*), que sea consecuencia de una actuación del demandado (*causation*) y tiene que exigir una decisión que pueda restablecer la situación anterior o causar el resarcimiento del daño (*redressability*). La interpretación de estos requisitos ha variado mucho en los años. Prevalece en la jurisprudencia, después de los años setenta, la noción de *injury in fact*, es decir, de lesión de hecho (aunque no haya una previsión expresa y formalizada en una norma, de un remedio jurisdiccional), lo que deja amplia discrecionalidad a los tribunales. La lesión tiene además que ser directa (*direct injury*), concreta y actual.

El recurso es, normalmente, individual. La posibilidad de una legitimación colectiva pasa por la definición de lo que hay que entenderse por lesión: prevalece una interpretación estricta, que excluye los así llamados *ideological plaintiff*, es decir, los recursos (de sujetos individuales o colectivos) fundados sobre un mero interés al respecto de la ley. Las *taxpayers suits* o las *citizens suits*, a tutela de intereses difusos son normalmente inadmitidas, porque la lesión tiene que ser individual y concreta.

¹² Bianchi, P., “La giustizia costituzionale negli Stati Uniti”, en Luther, J. *et al.* (coords.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 1 y ss.

La Corte suprema intenta, con esta jurisprudencia, evitar las cuestiones que tengan un impacto social fuerte y que no impliquen derechos individuales.¹³ Ésta, en el conocido fallo Lujan,¹⁴ llegó a declarar la inconstitucionalidad de una ley que introducía un nuevo recurso para garantizar intereses difusos (al medio ambiente), por violación del artículo III. En muchas decisiones se afirma que estos recursos vulneran el principio de la separación de los poderes: solamente la existencia de una *actual injury* podría impedir la invasión de la esfera de los demás poderes.

El *third party standing* encuentra limitaciones: es posible una acción en defensa de derechos de otra persona sólo cuando la lesión de estos determina una lesión de los derechos del recurrente. Los recursos de las asociaciones encuentran también limitaciones, cuando ellas intervienen en defensa no de intereses suyos, sino de los asociados. Existe un text articulado en tres etapas: *a)* los miembros de la asociación deben cada uno estar legitimados para actuar por sí mismos; *b)* los intereses perseguidos deben ser aquellos perseguidos por los estatutos de la asociación; *c)* no debe ser necesario, para los fines de la admisión de la demanda, la participación de los miembros al juicio. Diverso es el caso de las *class actions*, expresamente establecidas por el legislador, según la Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure. Con esta regla se reconoce la legitimación directa a cada miembro de un grupo, para recurrir en defensa de los derechos de todos los miembros del grupo, sin que se necesite un “mandato” de representación cuando las situaciones jurídicas tengan en común una cuestión de hecho o de derecho.¹⁵ Para dar una idea de la importancia de este tipo de acción en la justicia constitucional hay que recordar que *Brown vs. Board of Education of Topeka*, quizá la más importante decisión constitucional en los Estados Unidos, después de *Marbury vs. Madison*, es originada por una *class action*: *Brown*, el recurrente, según la Rule 23, era el padre de un joven excluido de una escuela reservada a los blancos. El grupo que él representaba era el de todos los afroamericanos, es decir, millones de personas. La *injunctive class action*, en contra de un acto general determina efectos *erga omnes* semejantes, más que a

¹³ Tribe, L., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, Mineola, 1988, p. 139.

¹⁴ Luján vs. Defenders of Wildlife, 504 U. S. 555 (1992).

¹⁵ Véanse entre muchos, Taruffo, M., “Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi”, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 53; Morabito, V., “Standing to Sue and Multiple Defendant Class Action in Australia, Canada and the United States”, *41 Alberta Law Review*, 295.

la inaplicación, a la anulación. Las asociaciones no son legitimadas, por el contrario, para la *class action*, no tienen *standing*, sólo pueden intervenir en el juicio como *amici curiae*.

La interpretación del *standing* es menos rigurosa por lo que se refiere a violaciones de los así llamados *preferred rights*, es decir, los derechos individuados en la nota 4 de la sentencia *Carolene* como los “valores fundativos de la convivencia democrática”.¹⁶

Es posible por cualquiera un recurso directo en contra de una disposición limitativa de los derechos garantizados en la primera enmienda, para obtener una *injuntion* que impida, en vía previa, su aplicación. Se trata, de alguna manera, de una *actio popularis* a la cual no se aplican las limitaciones de *standing* y que va en la dirección de un control abstracto: el recurso tiene sólo que probar que hay varias posibles aplicaciones inconstitucionales. Se ha dicho que, en este juicio, “the parties and the facts in the case become almost irrelevant. The statute itself is on trial”.¹⁷

También en Canadá existe un sistema difuso.¹⁸ Las cuestiones de constitucionalidad pueden surgir en cualquier juicio, penal, civil, administrativo, cuando la parte resistente a la aplicación de una ley argumenta que es inválida (la cuestión no puede ser iniciada por el juez de oficio). Pero, hay varias peculiaridades al respecto: es posible una acción para la declaración de inconstitucionalidad de normas (*declaratory action*), prevista por la Constitution Act 1982, artículo 24 c.1, sea de la parte de quien lamenta una lesión a un derecho, sea para todos los interesados a la cuestión. En efecto, la Corte suprema, en los casos en los que se aborda la inconstitucionalidad de normas, ha adoptado una noción de *standing* muy amplia, que se parte de un interés directo e inmediato y de la aplicación de la ley al recurrente. Los requisitos son: la acción debe ser directa a poner una seria cuestión de derecho; el actor debe tener un “real interés” a la solución de la cuestión; no debe existir ninguna otra vía para remitir la cuestión a los tribunales (es decir, el recurso debe ser residual).

¹⁶ Son las enmiendas I-X y la XIV sobre igualdad: U. S. vs. *Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144 (1938).

¹⁷ Bianchi, P., *op. cit.*, nota 12, p. 59.

¹⁸ Sobre este sistema véase Groppi, T., “La Corte Suprema del Canadá come giudice dei diritti”, en Rolla, G. (coord.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 63 y ss., véase *amplius* Hogg, P., *Canadian Constitutional Law*, Toronto, Carswell, 2004.

2. *El recurso individual directo a garantía de los derechos fundamentales*

En los países de control concentrado puede considerarse en esta categoría el recurso individual directo a garantía de derechos fundamentales, o similares (*habeas corpus*, *habeas data*, *mandato de segurança*), cada vez que se exija que el acto afecte de manera actual e inmediata al recurrente.¹⁹

Dejando por un lado las experiencias de América Latina (donde este tipo de recurso surgió),²⁰ quiero decir algo sobre la legitimación a este tipo de recurso en algunos ordenamientos europeos donde fue introducido a imitación del modelo suizo, empezando, precisamente, por la misma Suiza.²¹

En Suiza, la principal vía de acceso al Tribunal federal como juez constitucional es el recurso de derecho público, actualmente regulado por el artículo 189, apartado 1, de la Constitución, y por los artículos 84-96 de la Ley sobre la Organización Judicial. Consiste en una reclamación contra decisiones y decretos cantonales que pueden presentar los ciudadanos individualmente o entes colectivos que consideren vulnerado alguno de sus derechos constitucionales. La legitimación para promover el recurso ya no se limita a las personas físicas como sucedía cuando estaba vigente el viejo artículo 113; en general, sin embargo, no están legitimados para recurrir los entes de derecho público, salvo que se trate de municipios, que denuncien una vulneración que comprometa su misma existencia, su integridad territorial o su autonomía, o bien de entes públicos que pretendan impugnar un acto cantonal a título privado, esto es, sin ejercer potestad pública. El recurso individual directo, por tanto, tiene como objetivo principal el de garantizar la tutela de las posiciones de los

¹⁹ Véase Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006.

²⁰ Y a pesar del interesante desarrollo hacia un amparo colectivo en varios países: véase Ferrer Mac-Gregor, E., “El acceso a la justicia de los intereses de grupo”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a ed., Porrúa, México, 2003, pp. 723 y ss.; Gidi, A., *Acciones de grupo y “amparo colectivo” en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, *ivi*, 2539 ss.

²¹ Véanse los ensayos incluidos en Olivetti, M. y Groppi, T. (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Giuffrè, 2003, y en la obra (parcialmente coincidente) Celotto, A. et al. (coords.), *La justicia constitucional en Europa*, Querétaro, Fundap, 2004.

sujetos jurídicos frente a los poderes públicos cantonales y sólo indirectamente persigue la función de asegurar la legitimidad constitucional del ordenamiento jurídico. El acto sometido al control del Tribunal puede ser de naturaleza legislativa, administrativa o jurisdiccional, ya que el único acto de los entes federados excluidos del control jurisdiccional son las Constituciones cantonales, cuya conformidad con el derecho federal corresponde constatarla a la asamblea federal en el momento de su adopción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 51, apartado 2.

Un requisito objetivo que condiciona la procedibilidad de la impugnación deriva del llamado principio de subsidiariedad necesaria del recurso: es admisible solamente si la presunta violación del derecho no puede ser sometida por otra vía al Tribunal o a otro órgano federal y sólo cuando hayan sido previamente agotadas todas las vías jurisdiccionales a nivel cantonal. El interés para recurrir se configura de forma distinta dependiendo de si el acto contra el cual se actúa tiene carácter general o concreto: en el primer caso, bastará un interés virtual en la eliminación de un acto que es verosíblemente susceptible de ser aplicado al recurrente; en el segundo, en cambio, el actor debe alegar un perjuicio personal, actual y jurídicamente relevante, esto es, que sólo pueda ser eliminado a través de la anulación del acto ilegítimo.

En Alemania, cualquiera (ciudadano, asociación, persona jurídica) puede interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal para denunciar la violación de sus derechos fundamentales y de sus derechos constitucionales relativos al *status activus*, como los derechos de naturaleza política, los relativos al estatus de funcionario y, por último, los relativos al proceso.

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, es necesario distinguir entre las de derecho privado, a las que muchos de los derechos fundamentales previstos en Constitución les son fácilmente aplicables y para cuya protección pueden, por tanto, recurrir directamente al Tribunal Constitucional Federal; y las de derecho público, cuyas funciones no son normalmente expresión de la libertad, sino que se desarrollan con fundamento en competencias específicas. Por tanto, estas últimas, sólo en casos excepcionales (por ejemplo, las universidades, las facultades universitarias, los entes radiotelevisivos y las iglesias), cuando actúan como personas jurídicas en el ejercicio de determinados derechos fundamentales, tienen la posibilidad de acudir directamente al *Bundesverfassungsgericht*. También las asociaciones no reconocidas y, por ende, sin personalidad jurídica

ca, siempre en la medida en que puedan ser titulares de derechos fundamentales, tienen la posibilidad de dirigirse directamente al Tribunal Constitucional Federal.

La posibilidad de que cualquiera —que sea titular de un derecho fundamental o de un derecho asimilable a éste y que esté dotado de capacidad procesal, esto es, legitimado para cumplir directa o indirectamente actos procesales—²² pueda acudir al Tribunal Constitucional Federal abre el camino también a los extranjeros en el caso en que puedan invocar un derecho fundamental que les atribuya expresamente la Constitución, como, por ejemplo, el derecho de asilo.²³

El recurrente puede pedir ser asistido por un abogado o por un profesor universitario (en audiencia la asistencia es obligatoria); la asistencia legal es subvencionada o gratuita de acuerdo con lo que establecen las reglas vigentes en las jurisdicciones comunes, y en el caso en que el recurso constitucional individual sea estimado, el recurrente tiene derecho al reembolso parcial o total de los gastos de asistencia letrada.

Objeto del recurso puede ser cualquier acto (también una omisión)²⁴ que haya vulnerado un derecho fundamental o un derecho asimilable a éste, dictado por un “poder público” —cualquier poder público —siempre que tal acto u omisión pueda efectivamente afectar al recurrente. El acto, por tanto, puede ser una ley, un reglamento, un estatuto, un acto del Poder Ejecutivo e incluso una decisión judicial.²⁵ Quedan excluidos los actos de poderes públicos extranjeros y los actos de los órganos internacionales y comunitarios.

El recurrente, para poder acudir ante el Tribunal Constitucional Federal debe tener un “interés propio, actual e inmediato”.

²² En relación con la capacidad procesal del incapacitado por causa de enfermedad mental, parece muy relevante la actitud del Tribunal Constitucional Federal, que le concede capacidad procesal en los procesos que tienen por objeto medidas adoptadas por su condición (*cf.* BVerfGE 65, 317 [321], BVerfGE 10, 302 [306]).

²³ Al respecto *cf.* BVerfGE 63, 197, [205].

²⁴ Aunque hasta ahora las omisiones sólo se han considerado impugnables si violan un explícito mandato constitucional (*cf.* BVerfGE 56, 54, [70]).

²⁵ Por lo que se refiere a los recursos contra actos jurisdiccionales, el *Bundesverfassungsgericht* ha desarrollado una jurisprudencia con el fin de concentrar su control sobre las violaciones de *spezifisches Verfassungsrecht* (“derecho constitucional específico”) para evitar de este modo que su papel de garante de la Constitución y de los derechos fundamentales reconocidos en ésta se confunda con el papel de un tribunal de última instancia.

Tener un “interés propio” significa que el acto impugnado está jurídicamente dirigido al recurrente (que normalmente no puede sustituirse por otros), perjudicándolo en sus derechos fundamentales. Por eso la *Verfassungsbeschwerde* no puede transformarse en acción popular, porque el derecho vulnerado debe ser del recurrente individual y no de una generalidad indistinta de sujetos.²⁶

El interés en recurrir debe ser también “actual”, es decir, no debe ser virtual y no debe depender de hechos futuros, por tanto, no debe ser prematuro, esto es, para poder recurrir al *Bundesverfassungsgericht* la lesión del derecho debe haberse producido con anterioridad.

Finalmente, el interés debe ser “inmediato”, en el sentido de que el derecho debe haber sido vulnerado no como consecuencia refleja, sino directamente por el acto. El recurrente ha sido lesionado por una norma sólo si ésta incide sobre su derecho fundamental, sin interposición o mediación de otros actos normativos o jurisdiccionales. Este requisito de la inmediatez es seguramente el más dúctil y parece aplicar al recurso constitucional el principio de subsidiaridad. Antes de acudir al Tribunal Constitucional Federal, que supone la última posibilidad en manos del particular para la tutela de sus derechos, el ciudadano ha debido acudir al juez ordinario para que sea éste quien primeramente le tutele en sus derechos, por lo que sólo deberían llegar al *Bundesverfassungsgericht* los casos en los que efectivamente exista una violación directa de los derechos fundamentales del recurrente.²⁷

En Austria existe un recurso individual para la protección de los derechos que tiene una larga historia y tradición. El recurso individual para la tutela de los derechos políticos contra decisiones de la administración, que constituía una de las competencias del *Reichsgericht* en el periodo 1867-1918, fue recogido por el artículo 144, apartado 1, de la Constitución de 1920, que atribuyó la competencia al Tribunal Constitucional mediante el recurso individual (*Individualantrag*), precisando que los derechos tutelados no eran ya sólo los “derechos políticos”, sino todos los “derechos garantizados en la Constitución”. Se trata, en estos casos, de una jurisdic-

²⁶ Cfr. BverfGE 53, 30 (48), BverfGE 60, 360 (370), BverfGE 51, 386 (395).

²⁷ El recurso constitucional directo es declarado en ocasiones admisible a pesar de su falta de inmediatez. Eso sucede cuando, por ejemplo, el recurrente no tiene ya posibilidad de defenderse del acto ejecutivo o cuando un reenvío a los jueces ordinarios no lograría aclarar la situación, no traduciéndose por tanto en una disminución de trabajo para el Tribunal Constitucional Federal (cfr. BverfGE 30, 1 [16], BverfGE 65, 1 [37]).

ción administrativa especial, atribuida al Tribunal Constitucional (*Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit*), que dio lugar a una excepción a la regla de la competencia general del Tribunal Administrativo Federal para conocer de la legitimidad de las medidas administrativas: la excepción —y por tanto la competencia del Tribunal Constitucional— se justifica por la lesión directa de los derechos constitucionales que se produce en este caso.

La reforma constitucional de 1975 amplió el ya significativo rayo de acción de este instituto, añadiendo el recurso individual para la tutela de los derechos contra su vulneración por la aplicación de leyes contrarias a la Constitución, de reglamentos ilegítimos y de tratados internacionales contrarios a derecho, en el caso en que tales actos lesionen directamente un derecho del recurrente. No habiéndose especificado la referencia sólo a los derechos constitucionalmente garantizados, se considera que los derechos en cuestión son también aquellos de carácter meramente legal.

El recurso individual ante el Tribunal Constitucional puede ser interpuesto sólo tras el agotamiento de los recursos administrativos ordinarios. No obstante la posibilidad de impugnar un acto administrativo en cuanto mera aplicación de una ley inconstitucional, objeto del recurso al que se refiere el artículo 144 de la Constitución continúa siendo también hoy, como en el origen del sistema austriaco del control de las leyes, un acto administrativo y no la ley que le sirve de fundamento.

Se trata de una competencia que ha ido progresivamente adquiriendo mayor importancia cuantitativa: el recurso individual es hoy (en sus diversas formas y con sus diversos objetos) el principal modo en que llegan los casos al Tribunal. El número de recursos es hoy alrededor de 2000 al año.

Las leyes constitucionales de 1981 y de 1984, aprobadas para reducir la carga de trabajo del Tribunal, consienten a éste negarse a examinar el fondo de un caso cuando no tiene ninguna probabilidad de éxito o cuando de éste no resulte la aclaración de ninguna cuestión de derecho constitucional.

El recurso individual debe expresar con precisión los hechos y el modo en que el acto impugnado ha producido la lesión que se denuncia.²⁸ El recurso se comunica a la autoridad que ha aprobado el acto impugnado,

²⁸ Artículo 82.2 de la VerfGG.

que puede responder al mismo.²⁹ El recurso no produce la suspensión automática del acto impugnado, pero, a petición del recurrente, el Tribunal puede disponerla cuando no exista un apremiante interés público en sentido contrario y ponderando todos los intereses en juego.³⁰ La decisión del Tribunal que estima el recurso tiene eficacia tanto declarativa de la lesión producida como casacional del acto impugnado.³¹

Considerando en conjunto los medios de tutela previstos por los artículos 140 y 144 de la Constitución, puede afirmarse que en el sistema austriaco se ha otorgado al particular la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional contra actos administrativos (artículo 144) y legislativos (artículo 140), pero —a diferencia de cuanto sucede en los ordenamientos alemán y español— no se ha previsto un recurso directo al Tribunal Constitucional contra los actos de las autoridades jurisdiccionales.

En Bélgica, la Ley especial del 6 de enero de 1989 introdujo el *recours en annulation* (artículos 1-25), que tiene por objeto la anulación, en todo o en parte, de una ley, de un decreto o de una orden que viole las normas del reparto de competencias o que vulnere las disposiciones constitucionales que consagran los derechos de los ciudadanos. Los sujetos legitimados para la interposición del recurso en anulación son, además del Consejo de Ministros federal, los órganos ejecutivos de los entes federados (comunidades y regiones), los presidentes de las asambleas legislativas del Estado y de los entes federados a solicitud de dos tercios de los miembros de la asamblea y, finalmente, toda persona física o jurídica que justifique un interés. Por lo que respecta a la solicitud por parte de las personas físicas y jurídicas, el recurrente debe demostrar la existencia de una relación de causalidad suficiente entre la disposición que cuestiona y el perjuicio que considera que ésta le produce; no es necesario que el perjuicio sea cierto, sino que basta con que sea suficiente, uniéndose de este modo el interés en el recurso con un requisito de concreción. Finalmente, es preciso que el interés del recurrente pueda distinguirse del interés general, pues de otra manera nos encontraríamos frente a un recurso popular que la Cour considera inadmisibles. Cuando quien recurre a la Cour es una persona jurídica, ésta debe ser portadora de un interés co-

²⁹ Artículo 83 de la VerfGG, que permite a las partes dentro de un plazo prefijado ampliar sus alegaciones.

³⁰ Artículo 85 de la VerfGG.

³¹ Artículo 87.1 de la VerfGG.

lectivo distinto, ya sea del interés general como del individual de cada uno de sus miembros, y las personas jurídicas, así como los sujetos institucionales deben probar su capacidad para actuar.³²

El recurso en anulación interpuesto por una persona física o jurídica, una vez interpuesto, procede de oficio, tiene carácter objetivo porque aunque tiene su origen en el interés del recurrente su función es en todo caso la de asegurar la coherencia del ordenamiento.

Los países de Europa centro-oriental después de 1989 han introducido procedimientos directos, que tienen en unos casos carácter concreto.

Los ordenamientos de Albania, República Checa, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Rusia y Hungría prevén que, en algunos casos, también los individuos puedan acceder directamente a la Corte Constitucional por considerar vulnerado algún derecho constitucionalmente garantizado por un acto legislativo, jurisdiccional o administrativo definitivo, después de haber agotado la vía jurisdiccional ordinaria. Este recurso constitucional, directo e individual se inspira fundamentalmente en la *Verfassungsbeschwerde* del artículo 93, apartado 1, núm. 4a, de la Constitución alemana.

En materia de recursos constitucionales individuales, la apertura de los sistemas jurisdiccionales constitucionales de los países de Europa centro-oriental es notable, sobre todo si se compara con la de los países de Europa Occidental, pero debe valorarse con precaución, con particular atención a los problemas que puede plantear la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

En este orden de consideraciones, en Eslovaquia cualquiera que alegue la violación de sus derechos o libertades fundamentales por una ley o por un acto normativo puede recurrir directamente a la Corte Constitucional, “a condición de que otro tribunal no pueda decidir sobre la tutela de dichos derechos o libertades” (artículo 127, apartado 1, de la Constitución).³³ La estimación del recurso constitucional directo comporta la

³² Los ejecutivos y los presidentes de las asambleas deben presentar junto con el recurso una certificación que pruebe la deliberación sucedida en el órgano que los autoriza a interponer el recurso. Las personas jurídicas, en cambio, deben presentar los documentos necesarios que prueben su capacidad para actuar, no en el momento de interposición del recurso, sino cuando se lo solicita la Cour.

³³ De acuerdo con el artículo 127, apartado 1, de la Constitución, la violación puede ser también de los “derechos humanos y de las libertades fundamentales contenidos en un tratado internacional ratificado por la República eslovaca y promulgado según lo dispuesto por la ley”.

anulación de la decisión jurisdiccional o de la medida administrativa adoptada con fundamento en la norma impugnada. Si la violación de los derechos y de las libertades del particular es consecuencia de una “omisión”, la Corte Constitucional puede ordenar que se adopten las medidas necesarias para superar la omisión. La Corte Constitucional puede disponer el restablecimiento del recurrente en la situación previa a la violación (artículo 127, apartado 2, de la Constitución). A condición de que se hayan agotado todos los remedios jurisdiccionales que ofrece el sistema, cualquier persona física o jurídica puede promover “requerimientos constitucionales”³⁴ ante la Corte Constitucional que tengan su origen en la violación de los derechos fundamentales.

En Croacia, el recurso constitucional directo está regulado en el artículo 128 de la Constitución y en los artículos 59, 60 y 63 de la Ley de 1991 sobre la Organización y el Funcionamiento de la Corte Constitucional. Cualquiera puede promover un recurso constitucional ante la Corte constitucional,

Si considera que el acto de un órgano estatal, de un órgano de la administración local o de la administración regional, o un funcionario público que ha adoptado una decisión administrativa que afecta a sus derechos y obligaciones o una disposición jurisdiccional, ha violado los derechos humanos y las libertades fundamentales garantizadas en la Constitución, o bien que ha violado un derecho al gobierno local y regional (artículo 59, apartado 1, de la Constitución).

El recurrente está obligado a agotar previamente los remedios jurisdiccionales ordinarios, pero la Corte puede admitir el recurso incluso antes de que todos los remedios jurisdiccionales hayan sido agotados, cuando el juez no haya dictado una resolución “en un plazo razonable” o cuando el acto impugnado perjudique seriamente los derechos constitucionales y esté claro que puedan ocasionarse “graves e irreparables consecuencias... al recurrente de no iniciarse el proceso ante la Corte constitucional” (artículo 59a, apartado 1, de la Constitución). La presentación del recurso constitucional, por regla general, no suspende la aplicación del acto impugnado.

³⁴ Artículo 18, apartado 2, de la Ley del 20 de enero de 1993 sobre la Organización de la Corte Constitucional eslovaca.

En Eslovenia, de acuerdo con los artículos 160, apartado 1, 161 y 162 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de los recursos constitucionales individuales por violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por un acto legislativo, administrativo o judicial, dictado por un órgano del Estado central o de un ente periférico, siempre que se hayan agotado previamente los remedios jurisdiccionales ordinarios. Sin embargo, la Corte Constitucional eslovena “puede pronunciarse en vía excepcional sobre un recurso constitucional si la violación es manifiesta y la aplicación de un acto específico pudiera causar al recurrente perjuicios irreparables”³⁵ antes de que se agoten los remedios ante la jurisdicción ordinaria.

De forma análoga, en Hungría, cualquiera puede acudir legítimamente a la Corte Constitucional por violación de un derecho fundamental, siempre que se hayan agotado todos los remedios jurisdiccionales disponibles y que la violación se deba a la aplicación, en un proceso, de un acto normativo inconstitucional: en tal caso, lo que se impugna es la norma en sí, y no la decisión administrativa o jurisdiccional que la aplica. La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada no prohíbe automáticamente su aplicación. La modificación de la Ley número 3 de 1952, reguladora del proceso civil, realizada en 1999, ha permitido a los recurrentes solicitar un nuevo juicio sobre su caso ante la jurisdicción ordinaria, si, en un recurso constitucional directo, la Corte constitucional ha declarado inconstitucional con efectos retroactivos la aplicación de la disposición impugnada por esta vía (ex artículo 79, apartado 1, de la Constitución polaca, tal y como lo desarrolla la ley).

En la República Checa, cualquier persona física o moral puede promover una cuestión de constitucionalidad contra una decisión administrativa o jurisdiccional por violación de derechos constitucionales garantizados y acumulativamente puede también solicitar la anulación de la norma impugnada. La norma en sí no puede ser el objeto de un recurso directo.

En Rusia es el artículo 125, apartado 4, de la Constitución el que regula una forma de recurso individual que puede activarse en caso de violación de los derechos y de las libertades constitucionales contra de una ley aplicada o susceptible de ser aplicada en el curso de un proceso civil, penal o administrativo: “La Corte constitucional de la Federación rusa, en relación con los recursos por violación de los derechos y de las libertades

³⁵ Artículo 51 de la Ley 15/94, sobre la Corte Constitucional.

constitucionales de los ciudadanos y a instancia de los tribunales, verifica la constitucionalidad de la ley aplicada o aplicable a ese caso de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley federal”.

Para finalizar, hay que recordar España. El recurso de amparo constitucional procede del modelo alemán, sin que falte por ello la influencia del recurso directo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española y del amparo mexicano.³⁶ El ordenamiento español contempla —con el fin de asegurar a los ciudadanos el respeto de sus derechos y libertades— la posibilidad de acudir ante el juez ordinario y, en determinados casos, ante el juez constitucional (artículo 53.2, CE). El amparo ante el TC constituye un remedio subsidiario, al que se puede recurrir solamente una vez que se haya agotado la vía ordinaria sin éxito, y extraordinario, en el sentido de que no constituye otra nueva instancia, sino que sólo puede accederse al mismo cuando el ciudadano no ha logrado, en vía ordinaria, la reintegración de su derecho fundamental.

Las normas parámetro del amparo —ordinario y constitucional— son los derechos y las libertades reconocidos en los artículos 14 al 29³⁷ de la Constitución. A éstos se añade el 30.2 de la Constitución, que se refiere a la objeción de conciencia al servicio militar.³⁸ El artículo 162.1, CE regula directamente sólo la legitimación activa para interponer el recurso,

³⁶ Sobre el tema, véase Fix-Zamudio, H., “El derecho de amparo en México y en España: su influencia recíproca”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 227.

³⁷ Por lo tanto, se protege: el derecho a la igualdad (artículo 14, CE); el derecho a la integridad física y moral (artículo 15, CE); la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16, CE); el derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 17, CE); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen (artículo 18.1, CE); la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2, CE); el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3, CE); la libertad de elección de la residencia y de circulación (artículo 19, CE); el derecho a la libertad de expresión del pensamiento y a la libertad de creación literaria, artística, científica, de enseñanza y de información (artículo 20, CE); el derecho de reunión (artículo 21, CE); el derecho de asociación (artículo 22, CE); el derecho de acceder a cargos públicos (artículo 23, CE); el derecho a la tutela de la jurisdicción de los propios derechos e intereses legitimados (artículo 24.1, CE); el derecho al justo proceso y al juez natural (artículo 24.2, CE); la garantía del principio de legalidad (artículo 25, CE); el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza (artículo 27, CE); la libertad de asociación sindical (artículo 28.1, CE); el derecho a la huelga (artículo 28.2, CE); el derecho de petición individual y colectiva (artículo 29, CE).

³⁸ El régimen de recursos en caso de objeción de conciencia al servicio militar lo regula la Ley Orgánica 8/1984, que deroga expresamente el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional.

dejando para una regulación posterior mediante ley orgánica todos los demás extremos. La legitimación activa corresponde a todas las personas físicas o jurídicas que tengan un interés legítimo, al defensor del pueblo y al Ministerio Fiscal. Para saber puntualmente contra qué actos se puede recurrir en amparo es preciso acudir a la LOTC, que incluye “disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes” (artículo 41.2, LOTC). Se excluye, por tanto, la posibilidad de impugnar leyes y actos con fuerza de ley, no sólo porque frente a estos actos existen otros remedios jurisdiccionales, como la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad, sino también porque existe la posibilidad de que el TC pueda— para verificar la conformidad a la Constitución de un acto normativo— recurrir a la autocuestión de constitucionalidad. La noción de poder público coincide con la tradicional tripartición de los poderes públicos; por eso es posible recurrir contra actos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y contra sentencias judiciales. Los sujetos arriba enumerados— esto es, la persona directamente vulnerada en sus derechos por la disposición, el Ministerio Público y el defensor del pueblo— están legitimados, en primer lugar, para recurrir contra decisiones de las cortes generales, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas o de uno de sus órganos. Para ello debe concurrir un interés legítimo en restablecer la situación previa a la adopción de la medida. El recurso, que solamente en estos casos no exige previo agotamiento de la vía judicial previa, debe ser planteado en el plazo de tres meses desde que, según el reglamento correspondiente de tal órgano, el acto es definitivo.

En segundo lugar, se admite la impugnación de disposiciones, actos jurídicos o simples comportamientos de los gobiernos estatal o local y de las autoridades o funcionarios integrados en éstos. También en estos casos el acto debe ser definitivo, pero se exige agotar la vía jurisdiccional ordinaria para poder plantear el recurso. El acto puede impugnarse dentro de los 20 días siguientes a la notificación de la sentencia, a condición de que se haya “invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello” (artículo 44.1.c, LOTC).

Por último, el recurso de amparo constitucional también se admite contra actos u omisiones de la autoridad judicial que como consecuencia

directa e inmediata resulten en la violación de un derecho o una libertad fundamental.³⁹

VI. EL ACCESO “DIRECTO Y ABSTRACTO”

En cuanto al acceso directo y abstracto (el control abstracto, como vimos, no puede ser más que directo) éste se encuentra, en principio, únicamente en los sistemas concentrados: es una vía para recurrir al Tribunal Constitucional, independientemente de la aplicación de la norma (hay que distinguir recursos como el de *reference* canadiense, que no produce sentencias vinculantes, pero tiene carácter consultivo). La finalidad es la garantía de la constitucionalidad, en el sentido objetivo, del orden jurídico, aunque en unas circunstancias (por ejemplo, el recurso de regiones contra actos estatales) sea necesario que los titulares tengan un interés al recurso.

Hay que distinguir dos tipos de legitimación: recursos promovidos por los particulares; recursos promovidos por una pluralidad de sujetos institucionales enumerados.

En la primera categoría se sitúan los recursos directos abstractos de particulares, que se diferencian de los recursos que vimos con anterioridad porque tienen una regulación que excluye cualquier elemento concreto, tratándose de formas de *actio popularis*, es decir, de un recurso “popular” con el cual el particular se dirige a la Corte Constitucional para “proponer” la cuestión de constitucionalidad de una norma jurídica. La legitimación a recurrir existe también en ausencia de una lesión directa, de un daño directo al promovente. Cualquiera puede promover la acción procesal para hacer valer frente a la autoridad jurisdiccional un interés no personal, pero de la comunidad a la cual pertenece, es decir un interés general. En este caso, el individuo recurre *uti civis* y no *uti singulus*.⁴⁰

La posibilidad para los ciudadanos de recurrir al tribunal constitucional con objeto de verificar la legitimidad de los actos normativos era ya contemplado teóricamente por Hans Kelsen, sin embargo, es sobre todo

³⁹ También en este caso el plazo para presentar la demanda es de veinte días desde la notificación de la sentencia. En el caso de que se recurra contra una decisión jurisdiccional están legitimados para interponer el recurso, además del defensor del pueblo y del Ministerio Fiscal, las partes en el proceso *a quo*.

⁴⁰ Ceccherini, E., “Azione popolare”, en Cassese, S. (coord.), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006.

en América Latina que este instituto viene concretamente adoptado. De hecho, la acción popular de inconstitucionalidad está presente en las Constituciones de Colombia, El Salvador, Nicaragua, Venezuela, Panamá, Guatemala, Ecuador.

La legitimación activa si bien es muy amplia, no es homogénea. En Colombia, El Salvador y Nicaragua es permitido a todos los ciudadanos, en Venezuela y en Panamá cualquier persona, aunque no goce del requisito de la ciudadanía; mientras que en Guatemala está legitimado cualquier individuo, si es asistido por un colegio de tres abogados, y en Ecuador es necesario el previo parecer favorable del defensor del pueblo. Por lo que se refiere al objeto del recurso, éste es especialmente extenso en Panamá, en cuanto que la Constitución prevé que pueden ser objeto de impugnación no sólo las leyes y los actos con fuerza de ley (como en el resto de los países), sino todos los demás actos estatales; en Nicaragua, el objeto comprende también los reglamentos.⁴¹

Fuera de Latinoamérica, algunos ordenamientos de Europa centro-oriental (Croacia, Eslovenia, Hungría) prevén que un recurso pueda presentarse por el ciudadano —en la mayoría de los casos— y por grupos de ciudadanos, partidos políticos, empresas, asociaciones, fundaciones y otros sujetos institucionales.

En Hungría, la posibilidad de accionar la *actio popularis* se reconoce con singular e inusitada amplitud: “cualquiera” puede proponer un recurso constitucional directo y cualquier norma puede ser impugnada, sin que el recurrente tenga que demostrar la existencia de una violación de sus derechos subjetivos constitucionales, pudiendo actuar en garantía de un mero derecho objetivo y de la legalidad constitucional. En Croacia,⁴² de forma análoga, “todo individuo y toda persona jurídica tiene el derecho de promover la acción de control de constitucionalidad de la ley y de control de legalidad y constitucionalidad de las demás normas”. En Eslovenia, la Constitución (artículo 162, apartado 2) dispone que “cualquiera que [pueda] demostrar la existencia de un interés jurídicamente relevante puede recurrir a la Corte Constitucional con una petición individual” (*po-*

41 Brewer Carías, A. R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 7; Brage Camazano, J., *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 106.

42 De acuerdo con el artículo 36, apartado 1, de la Ley Constitucional de 1991, sobre Organización y Funcionamiento de la Corte Constitucional.

buda) contra un acto normativo general o un acto ejecutivo que viole directamente los derechos, los intereses legítimos o la situación jurídica del recurrente.⁴³

En la segunda categoría (la de los recursos promovidos por una pluralidad de sujetos institucionales enumerados) se encuentran:

- a) En los Estados federales o regionales, los recursos de las entidades descentralizadas o del Estado central en garantía de la separación de las competencias (Alemania, Austria, Italia, España, Suiza, Federación rusa, Portugal, África del Sur, etcétera).
- b) Recursos de las entidades locales (España, Alemania, Suiza, Polonia).
- c) Recursos del presidente de la República (Francia, Rumania, Hungría, Lituania, Eslovaquia, Polonia, etcétera).
- d) Recursos del gobierno (Francia, Rumania, España, Portugal, Lituania, Eslovaquia, Federación rusa).
- e) Recursos de los presidentes de las asambleas parlamentarias (a veces se trata de recursos previos): Francia, Rumania, Federación rusa, Polonia, etcétera.
- f) Recursos de las minorías parlamentarias, es decir, un número de diputados variable: España, Francia, Rumania, Portugal, Polonia, Eslovaquia, Hungría, África del Sur, Alemania, Austria, Federación rusa, etcétera.
- g) Recursos de varios órganos o sujetos constitucionales: defensor del pueblo (España); fiscal (Eslovaquia, Portugal); ombudsman (Albania, Croacia).

Un ejemplo de esta panoplia de sujetos se encuentra en el artículo 191 de la Constitución de Polonia: pueden recurrir el presidente de la República, el presidente de la *Sejm*, el presidente del Senado, el primer ministro, cincuenta diputados, treinta senadores, el primer presidente de la Corte Suprema, el presidente del Tribunal Administrativo Supremo, el procurador general, el presidente de la Cámara Suprema de control, el Comisario para los derechos de los ciudadanos, el Consejo Nacional del Orden Judicial, los “órganos constitutivos” de las unidades de la administración local, los “órganos nacionales” de los sindicatos, los representantes nacionales de las asociaciones de empresarios y de profesionales, las iglesias y las organizaciones religiosas.

⁴³ *Cfr.* artículo 24, apartado 2, de la Ley 15/94, Reguladora de la Corte Constitucional.

VII. CONCLUSIONES: LEGITIMACIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL Y DISCRECIONALIDAD DE LOS TRIBUNALES
EN LA SELECCIÓN DE LOS CASOS

El derecho comparado nos muestra la existencia de una pluralidad de vías de acceso a la jurisdicción constitucional, que hemos intentado agrupar en tres categorías.

A pesar de que cada categoría se relaciona con una diferente idea de la justicia constitucional, en cuanto a su papel en el sistema constitucional (según una línea que va de la garantía de los derechos fundamentales a la garantía de la constitucionalidad del orden jurídico), me parece posible revelar otra consecuencia de las diferentes opciones acerca de la legitimación ante la jurisdicción constitucional.

En los sistemas “directos-concretos” existe una gran discrecionalidad para los jueces en la evaluación de la legitimación del recurrente. Discrecionalidad que es máxima en los sistemas difusos, como el estadounidense o canadiense, aunque las soluciones jurisprudenciales hayan sido diferentes. Pero existe también el de los sistemas concentrados a recurso individual, donde hay una pluralidad de elementos a evaluar antes de admitir el recurso: por ejemplo, el carácter directo de la lesión, su actualidad, la subsidiariedad del recurso etcétera.

La discrecionalidad es menor en los sistemas “indirectos-concretos”, donde al Tribunal Constitucional sólo le toca evaluar (en cuanto a legitimación) la naturaleza del juez que planteó la cuestión, sin que pueda revisar los hechos del juicio *a quo* y su desarrollo anterior. La tarea de calificar la legitimación de las partes privadas está a cargo del juez *a quo*: así, un elemento potencial de discrecionalidad no está en las manos del Tribunal Constitucional (aunque no se le deje a manos vacías, porque siempre le quedan otros).

Por último, en los sistemas “directos-abstractos” al juez constitucional no le queda discrecionalidad alguna: los sujetos legitimados están taxativamente elencados en la Constitución y en la ley.

La discrecionalidad en la selección de los asuntos es uno de los elementos más destacados en la relación entre jurisdicción constitucional y los demás poderes del Estado, y sobre todo los poderes políticos. No admitir cuestiones políticamente difíciles puede ayudar la relación entre justicia constitucional y poderes políticos “democráticos” (gobierno y

Parlamento). La tentación que la discrecionalidad en la evaluación de la legitimación se convierta, impropriamente, en un instrumento para la selección de casos es, por tanto, fuerte. La experiencia norteamericana lo pone de manifiesto: las oscilaciones jurisprudenciales sobre el *standing* están en relación estrecha con la voluntad de que no sean justiciables unos derechos “sensibles” (por ejemplo, al medio ambiente). Pero todo esto, esta manipulación jurisprudencial de la legitimación, si sirve a “proteger” la justicia constitucional, no es sin consecuencias sobre los derechos fundamentales. Que, en sistemas donde existe únicamente (o donde prevalece) el acceso directo-concreto —sistemas ideados primariamente para garantizar los derechos— corren el riesgo de quedarse desprovistos de tutela. Paradójicamente, son los sistemas que no tienen como justificación primera la garantía de los derechos (sino de forma indirecta), es decir, los derechos donde prevalece el acceso directo-abstracto y el indirecto-concreto, los que resultan, en cuanto a evaluación de la legitimación, menos manipulables y más garantistas.

Todo esto nos muestra, una vez más, cuánto la justicia constitucional es materia delicada y frágil.

En efecto, a pesar de la opción hoy casi universal por Constituciones rígidas, resulta evidente la dificultad para admitir que exista una esfera de la justicia (y de sus garantes) desvinculada de la esfera de la política (y de sus mayorías). La clásica pregunta, presente desde el inicio de la experiencia estadounidense de justicia constitucional hace ya doscientos años: ¿cómo, y sobre la base de qué legitimidad, pueden nueve jueces deshacer lo que los representantes del pueblo, democráticamente elegidos, han querido?, sigue siendo actual.

Frente a esta pregunta, los propios tribunales constitucionales en su jurisprudencia han desarrollado instrumentos para acrecentar su “soportabilidad” para el sistema político. A esta exigencia pueden adscribirse algunas técnicas de decisión que permiten “medir” el juicio de racionalidad, como la ponderación, la preocupación de los tribunales por motivar suficientemente sus sentencias y, en general, por la transparencia de la motivación (permitiendo el voto particular), el *self-restraint* judicial por el uso de instrumentos de selección de casos, y la doctrina de las *political questions*, además de la creación de tipos de sentencia que limitan (en el tiempo o en el espacio) el impacto de sus sentencias de inconstitucionalidad.

El desarrollo de todos estos instrumentos, si por un lado permite una más fácil convivencia entre política y jurisdicción, entre *gubernaculum* e *iuridictio*, diciéndolo con palabras más elevadas, por el otro amenaza con poner en duda la efectividad de la justicia constitucional, y en particular su capacidad para garantizar los derechos subjetivos reconocidos constitucionalmente.