

## CAPÍTULO IV

### LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

31. La acción en el derecho procesal constitucional. . . . .	141
32. El derecho a la jurisdicción . . . . .	146
33. La legitimación procesal en la jurisdicción constitucional. . . . .	148
34. Garantías y derechos tutelados . . . . .	151

## CAPÍTULO IV

### LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

#### 31. *La acción en el derecho procesal constitucional*

Posiblemente la autonomía del derecho procesal haya comenzado con la polémica entre Windscheid y Muther (1856/1857) acerca de la independencia que la acción tenía en el derecho romano respecto al derecho subjetivo.

Las elaboradas doctrinas que sucedieron a ese encuentro<sup>185</sup> fueron mostrando facetas de un mismo problema. La reelaboración de conceptos, los novedosos planteamientos y, sobre todo, la transformación política de los Estados y el crecimiento incesante del intervencionismo estatal puso en crisis las teorías sobre el derecho abstracto o concreto que la acción significaba. Era momento de advertir el rol asignado a los hombres y el papel que cumplía el juez en los conflictos entre aquellos.

Así, se comprende que el fenómeno movilizador del aparato jurisdiccional no estaba motivado únicamente por la lesión a un derecho subjetivo. Existía un trasfondo que involucraba el interés del Estado en solucionar pacíficamente las diferencias.

En consecuencia, se vinculan el derecho de petición y el derecho a la tutela jurisdiccional para utilizar vocablos comunes de la actualidad.

Por primera vez, la acción fue colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente como una forma del derecho de petición a las autoridades.<sup>186</sup> Es cierto que, por entonces, ya se hablaba de un derecho genérico a recurrir a los tribunales<sup>187</sup> concibiendo tal ejercicio como un derecho abstracto de pertenencia indiscriminada.

Pero es Couture quien fundará la importancia de esta posición sobre la base de considerar que la acción era una proyección de la personalidad y, por ende,

<sup>185</sup> Cfr., Gozáini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 63-104.

<sup>186</sup> Aun cuando algunas cartas constitucionales distinguen el derecho de petición a las autoridades de la acción, propiamente dicha (v. gr. Constitución de Costa Rica —artículo 41—, Honduras —artículo 82— y México —artículo 17—, entre otras).

<sup>187</sup> Furno, Carlo, *Disegno sistematico delle opposizione nel processo esecutivo*, Firenze, Apéndice, 1936, pp. 96-97.

de carácter privado. No obstante, como al mismo tiempo en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.<sup>188</sup>

Quedaron vinculados así los dos rostros de la acción: aquélla que moviliza el interés del Estado para satisfacer las peticiones de sus súbditos, y el propio derecho del recurrente que pide la actividad jurisdiccional.

Precisamente, por encontrarse tan próximas estas manifestaciones, algunos autores dijeron que el derecho de acción pertenecía al derecho constitucional, y otros optaron por referirse a un “derecho a la jurisdicción”, o bien a un “derecho jurisdiccional”.<sup>189</sup>

Pero entre ambos había diferencias. Montero Aroca las encuentra al trazar distancias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción.

El primero pertenece a la órbita del derecho constitucional y no genera un deber correlativo de respuesta. En cambio, el derecho de acción provoca una relación inmediata entre el particular y la autoridad sin afectar a un tercero. La acción es el primer paso de la pretensión y ésta implica siempre la existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria.<sup>190</sup>

Esta explicación introduce una notable variante: al derecho procesal no le interesaría tanto encontrar la esencia del proceso como sí el modelo de la jurisdicción. Por eso, partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa descubrir es “su porqué”, y la respuesta se halla en considerarlo un instrumento necesario.

Por eso tiene el proceso judicial esa definida presencia como garantía constitucional.

Ya en 1965, Bidart Campos elaboraba un concepto aproximado destacando que el “derecho a la jurisdicción” marcaba tres tiempos para el análisis: “antes del proceso”, como obligación del Estado de suministrar justicia; “durante el proceso” manteniendo la idoneidad de vías procesales y la garantía de defensa en juicio en todas las instancias hasta llegar a la sentencia y, finalmente, en la

<sup>188</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, 3a. ed. póstuma, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 71.

<sup>189</sup> Cfr., por todos, Almagro Nosete, José, “El libre derecho a la jurisdicción”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1970, pp. 95 y ss. Donde agrega que “el derecho a la jurisdicción, es un derecho subjetivo público de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, tiene carácter constitucional y sobre todo es una exigencia de derecho natural. El derecho a la jurisdicción es la instrumentación formal de un derecho fundamental y natural de la persona humana: el derecho a la defensa jurídica, que a su vez es el sustituto de un proceso anterior y primario que es el derecho de legítima defensa... La acción es, pues, derecho a la jurisdicción, pero también ejercicio del derecho a la jurisdicción”.

<sup>190</sup> Montero Aroca, Juan, “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1984-I, pp. 40-41.

“integridad de requisitos que tendría que contener el acto resolutorio jurisdiccional” para considerarlo válido.<sup>191</sup>

El dilema histórico que protagonizara la acción, es decir, el interrogante de saber si era el mismo derecho que se reclamaba en juicio, o suponía un interés diferente, independiente del derecho subjetivo parece abandonado con las teorías que abonan el derecho a la jurisdicción. El punto de partida es otro y radica en observar la función jurisdiccional.

Sin embargo, el aviso que dio Calamandrei al precisar la relatividad de los conceptos fue mucho más allá, porque lograba demostrar la necesaria simbiosis entre la acción, el tiempo en que se formulaba y la circunstancia propia del Estado que debía dar respuesta.

Quedó claro, también, la correspondencia de la teoría con la doctrina política que era su fundamento; por eso afirmó la existencia de corrientes opuestas; una liberal e individualista del Estado, y otra más rígida y autoritaria. Mientras una priorizaba el interés individual del sujeto, otra radicaba en la teoría del derecho abstracto de obrar.<sup>192</sup>

Si observamos en profundidad el desarrollo doctrinario advertiremos que, en una primera etapa, se creyó que la acción era el derecho violado del individuo que, al requerir reparación, proyectaba su derecho en el ejercicio de petición; luego, conseguida la autonomía científica del concepto, se articulan numerosos criterios que precisaron situaciones particulares.

Colocar la acción en el terreno del derecho privado colisiona con la finalidad de paz social que persigue el Estado al resolver los conflictos de intereses.

Si la integramos en el derecho público, desatiende el interés exclusivamente particular que define su puesta en marcha.

Varios autores dieron sus opiniones ofreciendo esclarecimientos útiles.

Nosotros hemos creído<sup>193</sup> que la acción “no es más que un acto” de contenido estrictamente procesal destinado a presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional. Esta, conocida la petición, iniciará un proceso y, de este modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, del proceso jurisdiccional.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se refleja en la posibilidad de lograr un litigio donde pueda ser oído y, en ese caso, habrá obtenido el ansiado acceso a la justicia.

Ahora bien, para obrar en el sentido apuntado basta con el ejercicio reflejo de una motivación; es decir, quien acude al proceso no necesita estar respaldado

<sup>191</sup> Bidart Campos, Germán J., “El derecho a la jurisdicción en Argentina”, *El Derecho*, t. II, Argentina, p. 969.

<sup>192</sup> Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 226.

<sup>193</sup> *Cfr.*, Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, pp. 96-103.

por la razón o derecho alguno; basta con que el Estado le garantice el acceso, le brinde la posibilidad.

De este modo, la acción será también un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica.

Aun así, en esencia, la acción tiene carácter intrínsecamente procesal (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porque, más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Por eso la evolución conceptual del tema culmina con el derecho a la jurisdicción.

Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal suerte que la acción resulta del conjunto de las actuaciones interesadas. Pero además, como vimos, la acción procesal es jurisdiccional: ella en su jurisdicción es petición de juicio y en último extremo exigencia del derecho. Sin el derecho no existe el juicio, y éste no existe sin la acción.

Hilvanando la idea, vemos que el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él recurrimos persiguiendo tutela jurídica (derivación del concepto sustitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y, por ende, debe componer los conflictos que se le plantean); pero también, la otra parte, el demandado es objeto de nuestro interés. Procuramos que se someta a la obligación que le denunciamos.

Quienes han polarizado la acción hacia criterios concretos y abstractos no han tenido en cuenta la relatividad de la idea, porque ambos interesan al Estado y al particular, según se refieran a la relación sustancial que se traba entre las partes del proceso; o consideren el derecho subjetivo público que contra el Estado se tiene para obtener la tutela del derecho.

Si la acción fuera solamente un derecho contra el Estado quedaría sin sustento la cuestión de fondo que vincula a las partes con un derecho material; en tanto que invertir los conceptos dejaría aislados a los contradictores ante un juzgador sin obligación que cumplir hacia ellos.

Todo parece indicar que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado en su deber de afianzar la tutela jurisdiccional; y que concreta con la parte adversaria el vínculo característico de la relación jurídica procesal.

También, en este orden de ideas resulta importante adoptar una posición en relación con el fundamento político que pueda encontrar la acción.

Es entonces cuando se advierte la trascendencia institucional de ella, porque al estar inmersa dentro del ordenamiento jurídico del Estado, constituye una auténtica expresión política.

Enclavado ese derecho de pedir en el derecho constitucional, le resta al jurista fijar su contenido y ubicación en el sistema orgánico del derecho.

Principalmente la doctrina italiana reconoció la existencia de un poder frente al adversario que, de alguna manera, se oponía al poder frente al Estado que preconizaron los procesalistas germanos.

Dicho poder, es considerado como el que ejerce el individuo para que el Estado le resuelva los conflictos judiciales que tiene o como el deber que obliga a convocar a un adversario para confrontar intereses, determina la caracterización del poder jurisdiccional y las consecuencias o efectos que después se evidencian en el proceso propiamente dicho.

La relación entre individuo y Estado obedece en este tramo a entronizar el interés para la digna tutela del derecho, pero poco consigue para caracterizar la distribución entre el derecho material o subjetivo y la acción; y menos aún para resolver el carácter con que las partes debaten en el proceso.

En realidad el poder ejercido es puramente ideal, y al resultar así, el sujeto pasivo de la acción nada puede hacer para impedirlo; tampoco el actor puede esperar que con ella se origine un nexo opresor contra su oponente.

Sin embargo, con la acción se proyectan restricciones en los derechos subjetivos del otro, tanto sea por la discusión que entablen sobre la titularidad, como por las consecuencias que importa sustanciar un proceso.

En definitiva, no hay sometimiento alguno de nadie respecto a alguien. El actor que demanda manifiesta su voluntad de obtener una sentencia que le favorezca; por su parte, el contradictor tiene frente a dicho ejercicio facultades que se convierten en cargas si comparece al proceso.

Por tanto, “la acción es un derecho subjetivo autónomo (es decir, aislado del basamento que puede encontrar en el derecho sustancial) que, ejercitado, otorga el derecho a la jurisdicción y permite afrontar el trámite de un proceso.

No existen condiciones para “accionar”, en todo caso los requisitos corresponden a los hechos en que se funda (pretensión); por eso el deber del Estado consiste en otorgar el acceso a la justicia toda vez que el acto de pedir tiene sustrato fundamental.

Se reúnen así los dos elementos científicos que dan elocuencia al porqué la acción, en este tránsito de acceso y respuesta del Estado, corresponde al derecho procesal constitucional.

Así lo entienden autores como Cappelletti y Fix-Zamudio cuando hablan de la acción “como un derecho humano a la justicia”.<sup>194</sup>

Legislativamente se refleja en la Constitución española (artículo 24) en dos apartados que reciben la noción garantista del derecho de acción, al instalarlo en

<sup>194</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, *IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Madrid, 1985; Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 54, pp. 337 y ss.

un momento anterior al proceso como derecho a la tutela efectiva, y “a posteriori” para garantizar el desarrollo del debido proceso.

Sin embargo,

El derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales no es la acción civil en sentido concreto, ni un derecho semejante en los restantes órdenes o ramas jurisdiccionales. Esto es perfectamente explicable porque si el Tribunal Constitucional tuviese que dilucidar si se ha dado o no la razón acertada y justamente, necesariamente se convertiría en un gigantesco órgano de segunda o tercera instancia en incontables procesos.<sup>195</sup>

### 32. *El derecho a la jurisdicción*

La derivación alcanzada en la acción para llegar al derecho jurisdiccional significa incorporar elementos al clásico esquema del derecho a pedir.

No se trata únicamente de que alguien reclame y sea escuchado; es preciso, además, la formación de un proceso judicial y que cuente con el máximo de garantías que consoliden, precisamente, su carácter fundamental.

La idea es evitar el aislamiento de la acción que determine tenerla únicamente como un derecho de acceso a los tribunales. El concepto ha de vincularse con otras garantías procesales, tales como la defensa en juicio, o el más genérico, del “debido proceso legal”.

Quizá, porque la noción de “libre acceso” parezca una definición hueca, o demasiado amplia para atrapar situaciones que generan crisis manifiestas (v. gr., legitimación procesal, representación, etcétera), se ha difundido la expresión “derecho a la jurisdicción”, con la esperanza de ocupar la diversidad de relaciones que ocupa el problema de petición y ser oído adecuadamente.

En consecuencia, al excitar la actividad judicial, se pone al mismo tiempo en marcha un procedimiento que culminará con la sentencia, por tanto, durante todo este tiempo, estará vigente el derecho a la jurisdicción.

¿Cuál es, entonces, la diferencia con la garantía constitucional de la acción?

Entendemos que el derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo y como tal, simultáneamente, es una potestad cuando se ejerce, y una facultad mientras está latente. De todos modos, ambas situaciones jurídicas están involucradas en el derecho subjetivo.

De manera similar lo expresa Rocco cuando dice que de las normas jurídicas se deduce una esfera de actividades dentro de la cual los particulares pueden

<sup>195</sup> Figueruelo Burrieza, Angela, “El recurso de amparo en cuanto tutela reforzada de los derechos fundamentales”, *Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Latinoamérica, cit.*, nota 91, pp. 233-252.

moverse libremente sin temor a violar ninguna norma jurídica o de incurrir en alguna sanción. Esta facultad, así enunciada, constituye un derecho generalísimo. La libertad individual en cuanto es tutelada por el derecho se convierte en libertad de hecho, en libertad jurídica y supone el derecho genérico de libertad individual.<sup>196</sup>

La acción supone un derecho fundamental del hombre, pero ya hemos visto que ningún derecho tiene utilidad si no reconoce un instrumento del que valerse. Esa herramienta es la otra cara de la acción, su defensa en juicio.

Pero ya no es campo exclusivo de la acción constitucional, sino de la acción como derecho jurisdiccional.

El de acción es o puede decirse que es una especie del de petición. Es decir, mientras la garantía fundamental de pedir es un poder del individuo para incitar la actividad de los tribunales sin que sea necesario para ello tener calidad o situación jurídica alguna; en el derecho a la jurisdicción, se agregan otras exigencias que, en rigor, son facultades, deberes y derechos de las partes y del juez.

Almagro sostiene que

Así como la idea del derecho de petición viene ligada a un concepto de actuación pasiva, que se limita a pedir y a esperar; y en cierto sentido, a una actividad de concesión por parte de la Administración, el derecho a la jurisdicción supone pedir, probar, concluir; en suma, una serie de actividades que, no son sólo de incoación, sino de continuidad o insistencia.<sup>197</sup>

Para González Pérez el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el “acceso a la justicia”; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Esto es: acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.<sup>198</sup>

Concebido el derecho a la jurisdicción y establecido el alcance que tiene respecto a la actividad judicial consecuente, no quedan dudas acerca de la existencia de requisitos mínimos que aseguren la propia función jurisdiccional como el desarrollo de las garantías que se invocan.

En efecto, el primero de los aspectos contempla los recaudos esenciales para que la magistratura pueda ejercer sin limitaciones ni condicionamientos la función que les fue asignada.

<sup>196</sup> Citado por Almagro Nosete, José, “El ‘libre acceso’ como derecho a la jurisdicción”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XIV, núm. 37, Madrid, 1970, pp. 95-137, de donde extractamos el párrafo.

<sup>197</sup> Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 195, p. 113.

<sup>198</sup> González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 39.

La “unidad jurisdiccional” supone que la misión de administrar justicia recae en sólo uno de los poderes del Estado. Fraccionar este concepto autorizando con otro tipo de magisterios equivale a escindir la misma naturaleza que tiene. Por ello, el órgano con funciones jurisdiccionales es único.

El presupuesto de la unidad e independencia del órgano contrae y exige, por vía constitucional de organización de un Estado, que la función de juzgar con autoridad de cosa juzgada se monopolice en la jurisdicción.

La “exclusividad” manifiesta dos consideraciones trascendentes. Por una parte, que sólo quienes ostenten la potestad de juzgamiento tienen la posibilidad de someter a las partes a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otra, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad. Queda supuesta así la íntima relación entre proceso y jurisdicción.

La “independencia judicial” es otro de los “mínimos” establecidos; la ausencia de ella es causa bastante para desconocer la legitimidad del ejercicio.

Ahora bien, si la imparcialidad constituye la garantía con que cuentan las partes para obtener un trámite razonable y una decisión justa; para la jurisdicción la independencia basamenta el enlace natural de su estructura.

La autonomía que se predica persigue el correcto emplazamiento del derecho en el marco del conflicto, donde el juez obtiene la libertad absoluta para resolver sin interferencias ni “amoríos” con otros funcionarios.

De todos modos, el concepto no debe confundirse con la independencia de la magistratura, donde la importancia radica en la forma de constituir una organización judicial.

La jurisdicción reclama su autonomía al conjunto de los poderes del Estado para desenvolver un criterio propio y hasta una política diversa.<sup>199</sup>

En cuanto al segundo de los aspectos necesarios para desarrollar el derecho a la jurisdicción corresponde al terreno de las “garantías” las que, por su importancia, merecen un tratamiento separado.

### 33. *La legitimación procesal en la jurisdicción constitucional*

Volvemos al tema<sup>200</sup> para vincular las nociones de acción y derecho a la jurisdicción ante uno de los contingentes casi insuperables que tiene la ciencia procesal: la legitimación.

El tema trasciende las disciplinas que aquí abordamos, porque pertenece a la teoría general del derecho al ser un problema estricto de eficacia operativa de las normas jurídicas.<sup>201</sup>

199 *Cfr.*, Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 33, p. 189.

200 *Ver* párrafo 17.

201 *Cfr.*, Almagro Nosete, José, *op. cit.*, nota 195, p. 119.

La legitimación no es otra cosa que un requisito necesario —pero no imprescindible, a nuestro criterio— para entablar una pretensión ante un tribunal de justicia o administrativo. Ese recaudo consiste en correlacionar la titularidad del derecho subjetivo con las consecuencias que de ello se esperan, y han sido reclamadas. Es decir, que sólo quienes sean directos e inmediatos agentes del derecho que invocan podrán acreditar legitimación para estar en juicio.

Este encuadramiento es propio de los intereses privados donde habitualmente el enfrentamiento u oposición se da por un conflicto entre personas.

Pero cuando los intereses trascienden el interés de unos pocos para comprender a la generalidad, existe cierta expansión refleja del derecho a peticionar. Al encontrarnos con intereses públicos se acondiciona una categoría que ha dado en llamarse de “intereses legítimos”. Esto es, la disponibilidad y acceso a la jurisdicción le pertenece a él y a todos quienes ostenten su misma calidad subjetiva, pudiendo beneficiar a ellos el resultado que personalmente obtenga.

El ejemplo lo expone la “acción popular” o las “acciones de clase” del derecho angloamericano.

Sin embargo, no todas las situaciones jurídicas se dan en un plano tan simplificado, hay otros intereses colectivos que no tienen relación con el “daño hipotético” o la relación causal inmediata. Supongamos ese frondoso conjunto de nuevos derechos que integran el derecho al medio ambiente, a un espacio sano, al equilibrio ecológico, el derecho a la salud y a la seguridad social, el desarrollo urbanístico, etcétera; todos ellos representan a una sociedad absoluta y los derechos tienen una pertenencia difusa, son estrictamente de la colectividad.

Si continuáramos la relación precedente, el daño emergente de cualquiera de estos nuevos intereses no tendría un titular exclusivo, razón por la que el mismo derecho estaría sacrificado de antemano.

En consecuencia, sostiene Cappelletti, cuando los valores en juego son colectivos debe existir la posibilidad de construir tipos nuevos de tutela, no dejados simplemente al interés material o al estímulo de la iniciativa individual. “Precisamente, la búsqueda de estos nuevos tipos de tutela es lo que más profundamente está caracterizando la evolución del derecho judicial en la época contemporánea”.<sup>202</sup>

En otras áreas, por ejemplo en el derecho penal, se monopoliza el ejercicio de la acción pública, al recortar cada vez más el derecho a intervenir en el enjuiciamiento a los particulares damnificados.

Cuando de procesos constitucionales se trata, la cuestión torna hacia aperturas bienvenidas. Así ocurre con el Tribunal Constitucional español que favorece el curso de la acción sin apearse a los extremos de la legitimación procesal.<sup>203</sup>

<sup>202</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 50, p. 7.

<sup>203</sup> SSTC 57/1984, 99/1985; 162/1986; 132 y 194/1987, entre otras.

En este sentido el órgano de jurisdicción constitucional concibe una interpretación aperturista, que es lógica ante la dimensión de los intereses que afronta, debiendo estar por el principio *pro actione* y promover la contradicción y paridad entre las partes.

Consecuencia de lo anterior es la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la exigencia de emplazamiento personal en el orden contencioso administrativo, so riesgo de colocar al administrado en situación de indefensión. Este principio general es, desde luego, matizable (en función, por ejemplo, de si se conoce el domicilio del interesado, si éste tuvo conocimiento del proceso por otro conducto o de si actuó negligentemente o con mala fe procesal), motivo por el que hay que resolver caso por caso. Pero es el principio general porque es el que mejor sirve a la efectividad de su objeto: el derecho de defensa.<sup>204</sup>

Focalizado el problema ante su planteamiento estricto, observamos que la legitimación no es un obstáculo para la acción, sino para el derecho a la jurisdicción.

Tal como advertimos, si la acción pertenece al derecho procesal constitucional por ser un derecho subjetivo público que permanece como “poder” de ejercicio y “facultad” de requerir la intervención de un órgano jurisdiccional, no existe necesidad alguna de contar con el derecho a tener expectativas de éxito. Bien puede activar el aparato judicial cualquier persona, aun por abuso o aprovechamiento de esa facilidad y, no obstante, no persiga establecer ventaja alguna que le aproveche. La distancia entre la acción y el derecho a obtener la sentencia favorable que fuera iniciada por von Bülow es una corriente absolutamente abandonada, prefiriéndose reconocer la complejidad del acto.

En cambio, el derecho a la jurisdicción, que supone permanencia en la instancia y posibilidad efectiva de lograr una sentencia fundada, encuentra un serio valladar en este repliegue.

Por eso en materia procesal constitucional suele practicarse una clasificación que reglamenta el sistema de legitimaciones.

Así como se permite a ciertos organismos asumir la representación ante la crisis (v. gr.: presidente del gobierno, diputados y senadores en conjunto, órganos colegiados ejecutivos, asambleas de comunidades autonómicas, defensor del pueblo, ministerio público, etcétera, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español), la apertura indiscriminada se tolera (a modo de acción popular) cuando el interés rebasa el mero asunto particular.

Se destacan, entonces, tres principios consecuentes:

a) Un sistema de legitimación abierta y sin restricciones cuando el bien jurídico que se protege corresponde a un interés social.

<sup>204</sup> Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Átomo, 1991, p. 386 y jurisprudencia allí citada.

b) Otro mecanismo de legitimación restringida a quien afirme ser titular de un derecho lesionado o invoque un interés legítimo.

c) Finalmente, un método de prohibición popular dirigida a todos los ciudadanos cuando se trata de impugnar actos con fuerza de ley o que afecten intereses superiores del Estado que, el mismo Tribunal Constitucional, ha de especificar.<sup>205</sup>

#### 34. *Garantías y derechos tutelados*

En el recorrido que hasta ahora hemos efectuado, seguramente resonará en el oído del lector una frase utilizada reiteradamente: las garantías individuales y las garantías constitucionales.

Pero, ¿tenemos en claro qué significan ambas nociones?

Se tratan de esas definiciones un tanto ambiguas del derecho, que dan por supuestos determinados contenidos que no se especifican por entenderse capaces de ser captados por cualquiera. Sin embargo, no existen garantías que operen por sí mismas, su respaldo está en el derecho, es decir, el derecho supone la garantía, y la garantía afirma el derecho.

La palabra proviene del término anglosajón *warranty* que significa asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*),<sup>206</sup> encuadre que muestra su origen dentro del derecho privado.

En el derecho público, la noción nos llega de los textos revolucionarios franceses, principalmente, del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en cuanto establecía que: “ Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada... no tiene Constitución ”. Frase que condiciona en adelante toda redacción de cartas supremas, imponiendo un límite natural que el poder no podría trasponer sin alterar los derechos básicos de la persona humana.

Kelsen identifica las “garantías” con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, esto es, para “garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o contenido”.<sup>207</sup>

Empero, este encuadre distintivo llega después de una evolución en las ideas, porque de garantías también se habla cuando se identifican los derechos del hombre con el mismo derecho reconocido. Criterio que está presente en nume-

<sup>205</sup> *Cfr.*, Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, pp.134-138.

<sup>206</sup> Para un detallado estudio ver Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1978, pp. 159 y ss.

<sup>207</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 132, pp. 637 y ss. *Cfr.*, Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 205, p. 161. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p.108.

rosas cartas constitucionales que en la parte dogmática de sus disposiciones establecen los “derechos, deberes y garantías”. Este concepto considera la obligación del legislador común de no violentar los principios que la constitución establece.

Carl Schmitt utilizó, en cambio, la denominación de “garantías institucionales”,<sup>208</sup> para referirse a cierto sector de normas de las cartas fundamentales que, sin vincularse directamente con los derechos individuales, merecen una estima superior por sus finalidades políticas y/o sociales, elevándolas a la categoría de preceptos de esencia (supremos), sustrayéndolos de la posible interpretación cambiante del legislador ordinario.<sup>209</sup>

El clásico estudio de Jellinek, que ha proyectado sus líneas a nuestras instituciones fundamentales, prefiere dar una visión distinta a las elaboradas. Significan “garantías constitucionales” tanto los mecanismos internos de defensa como los mismos derechos tutelados, es decir, parangona genéricamente “la defensa de la constitución” con las garantías, *stricto sensu*.

El pensamiento de este autor francés aclara tres categorías de “garantías de derecho público”: sociales, políticas y jurídicas; y las concibe como los medios establecidos por el constituyente para preservar el ordenamiento fundamental del Estado, y sólo cuando se refiere a las de carácter jurídico, comprende a las verdaderas garantías, en cuanto expresa que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público se ha de considerar como uno de los progresos más importantes de la construcción del Estado moderno en el curso del siglo XIX, y agrega que, aun cuando en su época se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz, sobre todo, como “garantía” de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.<sup>210</sup>

Son demasiadas las bifurcaciones que la noción de “garantías” y “derechos constitucionales” va abriendo la doctrina especializada, pero lo cierto es que todas ellas procuran dejar en claro que las normas fundamentales no son manifestaciones de voluntarismo jurídico que no tienen posibilidad sancionatoria si dejan de cumplirse.

Más allá de los enfoques estimados sean como “derechos subjetivos públicos”, como “normas primarias y secundarias”, o “preceptivas y sancionatorias” lo cierto es que todas las corrientes apuntan a observar la importancia que tiene asegurar los derechos propiciándoles la garantía de su efectividad.

Las constituciones más modernas ejemplifican este proceder, a través de los denominados “principios de reserva”, por los cuales “los ciudadanos y los po-

208 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 213 y ss.

209 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p. 106.

210 Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, t. II, Madrid, 1915 pp. 533 y ss. *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 104, p. 107.

derechos públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (artículo 9.1 Constitución española de 1978).

La supremacía abstracta necesita de la vigencia operativa. No basta la imposición declamativa, ni la presencia sociológica es preciso reafirmar los postulados dándole a las normas fundamentales el amparo que refuerce la protección que promete.

La autolimitación del Estado es una posibilidad utópica frente a los abusos constatados por la historia. Inclusive, ni la democracia garantiza la legitimidad de las conductas, apegadas más al programa de acción que a los derechos consagrados en leyes supremas.

Corresponde actuar en consecuencia y, de hecho, ese fenómeno se aplica en la fijación de competencias de carácter jurisdiccional y procesal que las cartas constitucionales establecen a modo complementario de los derechos y deberes insertos dogmáticamente.

Por eso la posición de Kelsen introduce una variable necesaria y hasta prudente con la época para la cual se establece. La sistematización en órdenes de prioridad y adecuación de las normas consigue demostrar las razones por las que una violación de derechos constitucionales da paso inmediato a las “garantías” que la misma Constitución contiene.

Esas garantías son de “derecho procesal”, al ser los instrumentos posibles de actuar ante el desconocimiento o la directa inobservancia.

Al respecto, sostiene Fix-Zamudio que dichas garantías “son instituciones adjetivas o procesales y no de carácter sustantivo, ya que están conformadas para señalar el procedimiento que debe seguir el órgano de control constitucional para reprimir las violaciones a la Ley Suprema, y reintegrar el orden fundamental infringido”.<sup>211</sup>

Cuando afrontamos el sistema a las cartas magnas respectivas, debemos trazar diferencias de aplicación según modelen los mecanismos internos de salvaguarda. Es decir, la tendencia a establecer tribunales constitucionales permiten deducir con firmeza y acierto las facultades para ejercer una auténtica justicia fundamental que no significa “hacer” puro control de la supremacía, sino efectivo acuerdo con las garantías que se establecen en la protección de los derechos del hombre.

En cambio, otras cartas fundamentales se refieren a las “garantías” sin especificar otra cosa que derechos individuales o sociales (v. gr.: Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, entre otros), debiendo entonces dirigirse el intérprete a la parte orgánica de la carta suprema para advertir las competencias fijadas a los órganos de equilibrio del poder, o bien, resumirlas de las “cláusulas implícitas” por

<sup>211</sup> Fix-Zamudio, *op. cit.*, nota 104, p. 113. Ver asimismo: Castán Tobeñas, José, *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus, 1976, pp. 128 y ss.

las que se consagran verdaderas garantías aun sin encontrarse literalmente establecidas.

En una y otra metodología observamos un fraccionamiento en las “garantías”. Algunas implementan herramientas directas de protección (v. gr.: amparo, *habeas corpus*, mandamientos de ejecución, *habeas data*, etcétera) y mecanismos indirectos para ello (control interno constitucional, como los conflictos entre poderes, privilegios parlamentarios y desafuero, juicio político, diplomación de legisladores, etcétera).

El sistema conserva la estructura que explica Cappelletti<sup>212</sup>

La Defensa constitucional implica un concepto genérico de salvaguardia de las disposiciones fundamentales, que abarca no sólo el aspecto que podemos denominar patológico de la Constitución, sino también su carácter fisiológico, que comprende sistemas políticos, económicos, jurídicos y sociales destinados a la protección de las normas constitucionales. En tal virtud, dentro de ese género, debemos distinguir por un lado, la protección de la Ley Suprema, que se refiere a todos los métodos establecidos para preservar las normas fundamentales y mantener su vigencia, por lo que tiene un carácter eminentemente “preventivo” o “preservativo”; y por el otro, las “garantías”, que constituyen los remedios jurídicos de índole procesal, destinados a reintegrar los preceptos constitucionales desconocidos, violados o inciertos, por lo que son de índole “restitutoria” o “reparadora”.

De todos modos, conviene recordar que así como las “declaraciones” no agotan la serie de derechos fundamentales, tampoco las “garantías” se limitan a las establecidas ni excluyen la existencia de otros remedios procesales (v. gr., proceso ordinario, recursos extraordinarios, contencioso-administrativo, etcétera).

### 1) Clasificación de las garantías

Clasificar las garantías lleva, de algún modo, a ingresar en los contenidos del derecho procesal constitucional que ya hemos referido. No obstante, para ordenar y sistematizar el estudio debemos regresar a ese punto de encuentro para derivar de la Constitución dos tipos de actividades esenciales.

La primera refiere a un “aspecto sustantivo” que cubre las acciones que tienen como finalidad la defensa de la carta fundamental y la supremacía de sus disposiciones.

La otra, abarca los procesos que tutelan las *garantías individuales*.

Sin perjuicio de ellos, y con cierta discrepancia en la doctrina, se pueden incorporar los procedimientos que conciernen a la atribución de autoridad pública con sus competencias (v. gr.: conflictos interprovinciales; cuestiones de com-

212 Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, pp. 140-141.

petencia entre órganos constitucionales; controversias relativas al ejercicio del poder; procedimiento electoral, etcétera.)<sup>213</sup>

El primer grupo clasifica los sistemas que organizan el control de la constitucionalidad de las leyes sea a través de organismos especializados (Tribunales Constitucionales, o de Garantías), o bien por medio de la jurisdicción ordinaria. A ellos ya nos hemos referido.

En el grupo de la técnica adjetiva para la defensa de los derechos individuales se ubican instituciones como el amparo, el *habeas corpus*, el *habeas data*, la acción popular, los mandamientos de seguridad, de prohibición y de ejecución, los amparos por mora de la administración pública, etcétera.

En este cuadro de incumbencias, la interpretación funcional del concepto de “debido proceso legal” (*due process of law* del derecho anglosajón), ocupa un lugar muy especial.

También los remedios locales de cada país, y los internos de sus federaciones continúan la línea de instrumentos procesales (v. gr., recurso extraordinario de inconstitucionalidad de la República Argentina; el recurso de protección en Chile, etcétera).

## 2) Las garantías en particular

Los derechos individuales fueron reconocidos en la Declaración Francesa de 1789 y nombrados en cuatro eslabones: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Las garantías estuvieron ausentes de reglamentación y, de hecho, esta situación se reitera en numerosos ordenamientos constitucionales de la actualidad.

La tendencia a “procesalizar” es novedosa y ha requerido de leyes fundamentales para su instrumentación.

De ellas surgen elementos imprescindibles para la tutela de los derechos básicos, y en esa noción liminar estriba el “debido proceso”.

Siguiendo por aproximación las pautas señaladas, se conciben ejemplificativamente, y con carácter enunciativo, los siguientes derechos y garantías:

a) La libertad personal, identificada en el derecho a no ser privado de ella por cuestiones ajenas a las materialmente comprobables. La duración de la detención preventiva, como de la prisión provisional, no han de constituir una pena más gravosa que la que eventualmente correspondería al delito; debe informarse al encartado de sus derechos y de las razones por las que se lo inculpa; no está obligado a declarar contra sí mismo (autoincriminación); debe contar con asistencia jurídica en las diligencias procesales del trámite y en toda la etapa de su juzgamiento.

213 Gozáni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 10, pp. 108-109.

b) La libertad personal frente a los abusos del poder a través de mecanismos que controlen el avasallamiento de las garantías.

c) El derecho a la intimidad personal y familiar; el resguardo de la seguridad que supone la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones privadas.

d) La libertad de culto o creencia sin restricciones arbitrarias.

e) La libertad de trasladarse en el suelo que habite, de permanecer y residir sin posibilidad de excepciones, salvo que provengan de la seguridad del Estado y ésta sea efectivamente controlada por la jurisdicción.

f) La libertad de expresarse y de estar informado. La prohibición de la censura previa, sólo reprimida por su abuso o desfiguración de la verdad. Imposibilidad del secuestro editorial.

g) La eliminación de la autorización previa para el derecho a reunirse y asociarse con fines lícitos. El derecho de manifestarse.

h) El requisito de validar las sentencias jurisdiccionales a través de una adecuada fundamentación. Finalidad inserta en el derecho a un proceso justo e igualitario como veremos en la sección siguiente.

i) El derecho a la propiedad y al trabajo personal que supone remuneración y vivienda digna.

j) El derecho de petición tal como lo formulamos en estos párrafos.

Y en definitiva, todo el catálogo de derechos expresos e implícitos que consagran las cartas fundamentales y los estatutos provenientes de los tratados supranacionales que confirman que, cada uno de ellos, no es verdaderamente tal mientras no confirme la tutela que le ofrece la garantía efectiva de cumplimiento.