

GIUSTIZIA **COSTITUZIONALE** E **TUTELA** DEI **DIRITTI**

RIFLESSIONI MATURATE A PARTIRE DAGLI INCONTRI DEL **CAF 2020**

Gianluca Famiglietti / Silvia Romboli
A CURA DI

JUSTICIA **CONSTITUCIONAL** Y **PROTECCIÓN** DE **DERECHOS**

REFLEXIONES EN TORNO AL ENCUENTRO DEL **CAF 2020**

Gianluca Famiglietti / Silvia Romboli
DIRECTORES

IN SUPREMÆ DIGNITATIS 1343
UNIVERSITÀ DI PISA

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Giustizia costituzionale
e tutela dei diritti
Riflessioni maturate a partire
dagli incontri del CAF 2020



Justicia constitucional
y protección de derechos
Reflexiones en torno
al encuentro del CAF 2020

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Javier Marra Olea
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Giustizia costituzionale
e tutela dei diritti
Riflessioni maturate a partire
dagli incontri del CAF 2020

Gianluca **Famiglietti** / Silvia **Romboli**

A cura di

Justicia constitucional y protección de derechos

Reflexiones en torno al encuentro del CAF 2020

Gianluca **Famiglietti** / Silvia **Romboli**
Directores



UNIVERSITÀ DI PISA



INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Universidad de Pisa
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2021

Primera edición: enero de 2021

Giustizia costituzionale e tutela dei diritti.
Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020

Justicia constitucional y protección de derechos.
Reflexiones en torno al encuentro del CAF 2020

© Gianluca Famiglietti
Silvia Romboli

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-71-4

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Fernanda Sugey **Pacheco Díaz**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

INDICE / ÍNDICE

Presentazione
Presentación
Gianluca Famiglietti
Silvia Romboli 15

I
L'accesso alla giustizia costituzionale
El acceso a la justicia constitucional

L'accesso alla giustizia costituzionale
El acceso a la justicia constitucional
Pablo Pérez Tremps 25

L'accesso alla giustizia costituzionale in Spagna: esplorare il rafforzamento della legittimità di esercizio
El acceso a la jurisdicción constitucional en España: explorar el refuerzo de la legitimidad de ejercicio
Itziar Gómez Fernández 29

L'accesso alla giustizia costituzionale e la democrazia pluralista
El acceso a la jurisdicción constitucional y la democracia pluralista
Tania Groppi 75

L'accesso alla giustizia costituzionale in Costa Rica
El acceso a la Justicia Constitucional en Costa Rica
Haideer Miranda Bonilla 83

Brevi considerazioni in tema di "accesso" alla giustizia costituzionale e di "apertura" della Corte costituzionale italiana attraverso, in particolare, la modifica delle proprie Norme integrative nel 2020
Breves consideraciones sobre el tema del "acceso" a la justicia constitucional y la "apertura" del Tribunal Constitucional italiano mediante, en particular, la modificación de sus Normas Integrativas en 2020
Saulle Panizza 103

II

La tutela dei diritti fondamentali di fronte alle omissioni del legislatore. Il ruolo dei Giudici costituzionali e quello dei giudici comuni
La protección de los derechos fundamentales frente a las omisiones del legislador. El rol de los Jueces constitucionales y de los jueces ordinarios

Le omissioni del legislatore e i diritti fondamentali
Las omisiones del legislador y los derechos fundamentales
Roberto Romboli. 125

Rivisitando la incostituzionalità e la non-convenzionalità per omissione
Revisitando la anticonstitucionalidad y la inconvencionalidad por omisión
Víctor Bazán 133

Giurisdizione ordinaria e tutela effettiva dei diritti fondamentali
Jurisdicción ordinaria y tutela efectiva de los derechos fundamentales
Giuseppe Campanelli 179

Omissioni legislative e diritti fondamentali
Omisiones legislativas y derechos fundamentales
Francisco Javier Díaz Revorio 189

Diritti fondamentali e giurisdizione speciale
Derechos fundamentales y jurisdicción especial
Nicola Pignatelli 213

Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali
Omisiones del legislador y tutela judicial de los derechos fundamentales
Antonio Ruggeri 227

III

La revisione costituzionale ed i diritti fondamentali: la garanzia del procedimento aggravato, i diritti costituzionali come limite alla revisione e le garanzie del rispetto dei limiti
La revisión constitucional y los derechos fundamentales: las garantías del procedimiento agravado, los derechos constitucionales como límite a la revisión y las garantías del respeto de los limites

La revisione costituzionale e i diritti fondamentali: il caso spagnolo
La revisión constitucional y los derechos fundamentales: el caso de España
Ana María Carmona Contreras 249

Riforme o aggiunte alla Costituzione politica degli Stati Uniti messicani. Inconvenzionalità di fronte alla impossibilità di essere oggetto di impugnazione?
Reformas o adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ¿Inconvencionalidad ante la imposibilidad de ser objeto de impugnación?
Manuel de Jesús Corado de Paz 267

Modifica delle norme costituzionali in Brasile
Modificación de las normas constitucionales en Brasil
Luiz Alberto David Araujo
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo 291

Il controllo giurisdizionale delle riforme costituzionali, i limiti al potere di riforma come supporto del controllo e il riferimento a alcune esperienze concrete
El control jurisdiccional de las reformas constitucionales, los límites al poder de reforma como sustento del control y la referencia a algunas experiencias concretas al respecto
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera 311

Riforma e cambiamento costituzionale come strumento per la autoconservazione delle élites
Reforma y cambio constitucional como instrumento para la autoconservación de las élites
Gorki Gonzales Mantilla 331

La revisione (cambiamenti) della Costituzione in Venezuela e i diritti fondamentali. La garanzia del procedimento "aggravato"
La revisión (cambios) de la Constitución en Venezuela y los derechos fundamentales. La garantía del procedimiento "agravado"
Luís Petit Guerra 351

Ripassando i fondamenti del costituzionalismo dei diritti
Un repaso a los fundamentos del constitucionalismo de los derechos
Miguel Revenga Sánchez 359

Diritti fondamentali e revisione della Costituzione
Derechos fundamentales y revisión de la Constitución
Néstor Pedro Sagüés 371

Presentazione

Il *Volume* raccoglie una serie di scritti che traggono spunto da tre importanti momenti della IX edizione del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, che si è svolta —come ormai da tradizione— presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa nel gennaio del 2020.

La prima parte ospita le riflessioni maturate sul tema oggetto della tavola rotonda dedicata all'*Accesso alla giustizia costituzionale*, la cui conduzione è stata affidata a Pablo Pérez Tremps, che nel saggio introduttivo illustra la tensione tra "accesso" al controllo della legge e "accesso" alla tutela dei diritti fondamentali. Itziar Gómez Fernández, partendo dalla distinzione tra "legittimità di origine" e "legittimità di esercizio", riflette sull'accesso alla protezione di alcuni diritti di taluni gruppi di individui in ragione della loro maggiore vulnerabilità; il concetto di "accesso" costituisce il punto di partenza dell'analisi di Tania Groppi, la quale si domanda se sia possibile parlare di "accesso" in una prospettiva comparata, rilevando come la visuale più utile per riflettere sul tema sia dall'interno dello schema dello Stato di democrazia pluralista, assumendo come punto di osservazione quello "dal basso", ossia guardando al comportamento dei soggetti dell'ordinamento (specie i privati) dinanzi alla legge incostituzionale. Haideer Miranda Bonilla illustra criticamente, sulla base anche di numerosi dati statistici, le principali caratteristiche dell'accesso alla giustizia costituzionale in Costa Rica, che di recente ha celebrato due date importanti, i 70 anni dalla promulgazione della Costituzione Politica (1949) ed il 30º an-

niversario della istituzione della Sala Costituzionale della Corte Suprema di Giustizia. La riflessione di Saulle Panizza si è concentrata sul potere di autonormazione dei tribunali costituzionali, in particolare su quello della Corte costituzionale italiana, partendo dalla modifica delle *Norme integrative* del gennaio 2020, che ha aperto il processo costituzionale ad "esperti" e ad *amici curiae*.

La seconda parte raccoglie i saggi aventi ad oggetto le riflessioni e rielaborazioni dei vari temi oggetto della seconda tavola rotonda, intitolata *La tutela dei diritti fondamentali di fronte alle omissioni del legislatore. Il ruolo dei Giudici costituzionali e quello dei giudici comuni*. Il saggio di apertura è opera di Roberto Romboli, che ha riflettuto sulla relazione tra i due protagonisti, cioè tra il legislatore, che è l'autore dell'omissione, e coloro che devono porvi rimedio, ossia i giudici; una relazione che lascia trasparire la tensione tra diritto politico e diritto giurisprudenziale. Il saggio di Víctor Bazán si apre con alcune considerazioni di fondo sul modello di Stato costituzionale e convenzionale, per poi esaminare alcune decisioni di incostituzionalità per omissione assunte dalla Corte Suprema di Giustizia della Nazione, massimo organo della giustizia costituzionale argentina, e terminare, all'esito di un *excursus* di diritto comparato, riflettendo sulla categoria della non-convenzionalità per omissione. Giuseppe Campanelli affronta il tema delle risposte da parte dei giudici ordinari alle domande di tutela dei diritti fondamentali, in particolare dei diritti sociali di natura prestazionale. Francisco Javier Díaz Revorio guida il lettore all'interno del complesso concetto di "omissione del legislatore", esaminandone le diverse tipologie ed analizzando i possibili rimedi. Nicola Pignatelli ci aiuta a comprendere se ed in quali limiti la giurisdizione speciale amministrativa sia idonea a tutelare i diritti costituzionali, non conoscendo più solo interessi legittimi ma anche diritti soggettivi. Antonio Ruggeri affina ulteriormente l'analisi sulle implicazioni delle omissioni del legislatore in ordine alla tutela dei diritti, osservando come la scoperta di diritti sempre nuovi e la crescente domanda di tutela presentata tanto da parte di coloro che rivendicano questi ultimi, così come da parte di chi continua a rivendicare i "diritti classici", portano ad un risultato evidente: via via che crescono le domande in questione, aumentano anche le omissioni del legislatore, in una frenetica corsa in cui davanti fuggono i diritti

e dietro il legislatore pare inseguirli a fatica. Chi dovrebbe poi essere l'arbitro della gara (la Corte costituzionale) sembra a sua volta lottare sviluppando strumenti processuali sempre nuovi, che tuttavia quasi sempre finiscono col far oscillare il "pendolo" della sua natura verso l'anima politica, a scapito di quella giurisdizionale.

La terza ed ultima parte del *Volume* contiene saggi relativi alla tematica affrontata in occasione del seminario finale, dal titolo *La revisione costituzionale ed i diritti fondamentali: la garanzia del procedimento aggravato, i diritti costituzionali come limite alla revisione e le garanzie del rispetto dei limiti*. Ana Carmona Contreras constata come il procedimento di revisione costituzionale abbia in Spagna conosciuto una scarsissima applicazione, osservando tuttavia come la società, l'economia, l'articolazione territoriale del potere e la funzionalità delle istituzioni abbiano in questi 40 anni sperimentato modifiche assai rilevanti, che avrebbero necessità di contare sul corrispondente riflesso costituzionale. Manuel De Jesús Corado De Paz dà ampiamente conto del dibattito intorno alla revisione della Costituzione messicana, concentrando la attenzione in special modo sui meccanismi di controllo giudiziario delle riforme e delle revisioni costituzionali. Luiz Alberto David Araujo e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo descrivono le peculiarità del "caso brasiliano", là dove la Costituzione del 1988 impiega l'espressione "emendamenti alla Costituzione" per indicare un potere di *revisione* simile all'analogo concetto italiano; la Costituzione brasiliana, tuttavia, aveva previsto al proprio interno una "clausola di revisione", chiamata "revisione costituzionale", che però non consiste in una possibilità di intervento *continuo* sulla Carta, ma in un intervento che avviene *in un unico momento* (trascorsi 5 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, il Congresso si sarebbe riunito per valutare quali disposizioni avrebbero avuto bisogno di revisione). Eloy Espinosa-Saldaña Barrera offre una riflessione "ad ampio raggio" sulla questione dei limiti alla revisione costituzionale e sul tema del controllo giurisdizionale sulle riforme. Secondo Gorki Gonzales Mantilla le riforme costituzionali devono riflettere l'osmosi tra la Costituzione e la società di riferimento; per questa ragione, e guardando all'esperienza peruviana, insistere nella comprensione del problema a partire da un'impostazione soltanto formale

e puramente procedurale finisce col condurre fuori strada. La complessa situazione venezuelana è fotografata dal contributo di Luís Petit Guerra, secondo il quale l'esistenza in molte "democrazie" latinoamericane di procedimenti di revisione costituzionale "aggravati" non ha costituito una garanzia reale, dal momento che la manipolazione di alcuni passaggi —come è più volte accaduto in Venezuela— ha rappresentato il mezzo più sicuro per la perpetuazione del potere delle *élites* dominanti. Per Miguel Revenga Sánchez il fatto che una Costituzione possa dispiegare nel tempo tutte le sue potenzialità dipende (anche) dalla capacità di adeguarne il testo ai mutati contesti politici e sociali; nella stessa misura in cui la Costituzione *costituisce* la società, e si stabilizza come forma politica dell'unità sociale, la sua effettività richiede un compromesso di riconoscimento. Néstor Pedro Sagüés, dopo aver tratteggiato i caratteri principali di concetti come "revisione", "riforma", "sostituzione" e "cambio", riflette sul limite alla revisione costituzionale rappresentato dai diritti fondamentali, e sul referendum costituzionale come meccanismo di tutela dei diritti, presumendosi che il popolo mai accetterebbe una revisione costituzionale lesiva dei propri diritti fondamentali.

Dalla breve *presentazione* dei "tre momenti" qui condensati e rivisti dagli autori per la loro pubblicazione, emerge tutta la capacità del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti* di riuscire a sollecitare riflessioni su tematiche di comune interesse e ad attrarre a Pisa ogni anno per tre settimane costituzionalisti di riconosciuto prestigio internazionale, la cui traiettoria scientifica ed accademica ha conferito negli anni lustro crescente al CAF, convertendolo in un appuntamento fisso per molti giuristi dei due lati dell'Atlantico.

I Curatori
Gianluca Famiglietti e Silvia Romboli

Presentación

El *Volumen* recoge una serie de escritos que se inspiran en tres momentos importantes de la IX edición del Curso de Alta Formación en *Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos*, que se desarrolló —como viene siendo tradición— en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa en enero de 2020.

La primera parte está dedicada a las reflexiones maduradas sobre la temática que fue objeto de la mesa redonda sobre el tema del *Acceso a la Justicia Constitucional*, moderada y dirigida por Pablo Pérez Tremps, quien en el ensayo introductorio ilustra la tensión entre el "acceso" al control de la ley y el "acceso" a la protección de los derechos fundamentales. Itziar Gómez Fernández, a partir de la distinción entre "legitimidad de origen" y "legitimidad de ejercicio", reflexiona sobre el acceso a la protección de ciertos derechos de determinados grupos de personas por su mayor vulnerabilidad; el concepto de "acceso" constituye el punto de partida del análisis de Tania Groppi, quien se pregunta si es posible hablar de "acceso" en una perspectiva comparada, señalando cómo la vía más fructuosa para reflexionar sobre este tema es dentro del marco de la forma del Estado de democracia pluralista, a partir de una perspectiva "desde abajo", es decir, desde la actitud de los sujetos del ordenamiento (sobre todo de los particulares) frente a la ley inconstitucional. Haideer Miranda Bonilla ilustra críticamente, también a partir de numerosos datos estadísticos, las principales características del acceso a la justicia constitucional en Costa Rica, que recientemente celebró dos fechas importantes: los 70 años de la promulgación de

la Constitución Política (1949) y el trigésimo aniversario de la institución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. La reflexión de Saulle Panizza se centra en el poder de autonormación de los tribunales constitucionales, en particular en el del Tribunal Constitucional italiano, a partir de la modificación de las *Normas Integrativas* de enero de 2020, que abrió el proceso constitucional a "expertos" y a *amici curiae*.

La segunda parte reúne los ensayos que se refieren a las reflexiones y reelaboraciones de los distintos temas tratados por la segunda mesa redonda, titulada *La protección de los derechos fundamentales frente a las omisiones del legislador. El rol de los Jueces constitucionales y de los jueces ordinarios*. El ensayo de apertura es obra de Roberto Romboli, quien reflexiona sobre la relación entre los dos protagonistas, es decir, entre el legislador, que es el autor de la omisión, y quienes tienen que subsanarla, o sea, los jueces; una relación que revela la tensión entre derecho político y derecho jurisprudencial. El ensayo de Víctor Bazán se abre con algunas consideraciones básicas sobre el modelo de Estado constitucional y convencional, y luego examina algunas decisiones de inconstitucionalidad por omisión tomadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo órgano de la justicia constitucional argentina, y concluye, tras un *excursus* del derecho comparado, reflexionando sobre la categoría de la inconvencionalidad por omisión. Giuseppe Campanelli aborda la cuestión de las respuestas de los jueces ordinarios a las demandas relativas a la protección de los derechos fundamentales, en particular de los derechos sociales de carácter prestacional. Francisco Javier Díaz Revorio orienta al lector dentro del complejo concepto de "omisión del legislador", examinando los diferentes tipos y analizando los posibles remedios. Nicola Pignatelli nos ayuda a comprender si y en qué medida la jurisdicción contencioso-administrativa especial es adecuada para proteger los derechos constitucionales, no tratando solo intereses legítimos sino también derechos subjetivos. Antonio Ruggeri profundiza el análisis sobre las implicaciones de las omisiones del legislador en materia de protección de derechos, observando cómo el descubrimiento de derechos siempre nuevos y la creciente demanda de protección presentada tanto por quienes reclaman estos últimos, como por quienes continúan reivindicando los "derechos clásicos" conducen

a un resultado evidente: a medida que crecen las demanda de protección, aumentan también las omisiones del legislador, en una carrera frenética en la que los derechos huyen por delante y por detrás el legislador parece perseguirlos con dificultad. Quien debería entonces ser el árbitro de la carrera (el Tribunal Constitucional) parece luchar a su vez desarrollando instrumentos procesales siempre nuevos, que sin embargo casi siempre terminan balanceando el "péndulo" de su naturaleza hacia el alma política, en detrimento de su alma jurisdiccional.

La tercera y última parte del *Volumen* contiene ensayos relacionados con el tema abordado en el seminario final, titulado *La revisión constitucional y los derechos fundamentales: las garantías del procedimiento agravado, los derechos constitucionales como límite a la revisión y las garantías del respeto de los límites*. Ana Carmona Contreras señala cómo el procedimiento de revisión constitucional ha tenido muy poca aplicación en España, observando sin embargo cómo la sociedad, la economía, la articulación territorial del poder y la funcionalidad de las instituciones han experimentado cambios muy significativos en estos 40 años, que tendrían que apoyarse en el correspondiente reflejo constitucional. Manuel de Jesús Corado de Paz da amplia cuenta del debate en torno a la revisión de la Constitución mexicana, con especial atención a los mecanismos de control judicial de las reformas y revisiones constitucionales. Luiz Alberto David Araujo y Marcelo Labanca Corrêa de Araújo describen las peculiaridades del "caso brasileño", donde la Constitución de 1988 utiliza la expresión "enmiendas constitucionales" para indicar un poder de *revisión* similar al concepto italiano análogo; la Constitución brasileña, sin embargo, había previsto internamente una "cláusula de revisión", denominada "revisión constitucional", que no consiste en una posibilidad de intervención *continua* en la Carta, sino en una intervención que tiene lugar *en un solo momento* (después de 5 años de la entrada en vigor de la Constitución, el Congreso se reuniría para evaluar qué disposiciones necesitarían revisión). Eloy Espinosa-Saldaña Barrera ofrece una reflexión amplia sobre el tema de los límites a la revisión constitucional y sobre el tema del control judicial de las reformas. Según Gorki Gonzales Mantilla las reformas constitucionales deben reflejar la ósmosis entre la Constitución y la sociedad de referencia; por eso, y mirando la

experiencia peruana, insistir en entender el problema a partir de un enfoque puramente formal y puramente procedimental acaba por desviarnos. La compleja situación venezolana es retratada por el aporte de Luís Petit Guerra, según quien la existencia en muchas "democracias" latinoamericanas de procedimientos de revisión constitucional "agravados" no ha representado una garantía real, ya que la manipulación de algunos pasajes —como ha sucedido varias veces en Venezuela— ha representado el medio más seguro de perpetuar el poder de las *élites* dominantes. Para Miguel Revenga Sánchez, el hecho de que una Constitución pueda desplegar todo su potencial en el tiempo depende (también) de la capacidad de adaptar su texto a contextos políticos y sociales cambiantes; en la misma medida en que la Constitución *constituye* la sociedad y se estabiliza como forma política de la unidad social, su eficacia requiere un compromiso de reconocimiento. Néstor Pedro Sagüés, tras esbozar las coordenadas principales de conceptos como "revisión", "reforma", "sustitución" y "cambio", reflexiona sobre el límite a la revisión constitucional que representan los derechos fundamentales, y sobre el referéndum constitucional como mecanismo de protección de derechos, en el supuesto de que el pueblo nunca aceptaría una revisión constitucional que violara sus derechos fundamentales.

De la breve *presentación* de los "tres momentos" aquí condensados y revisados por los autores para su publicación, se demuestra la plena capacidad del Curso de Alta Formación en *Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales* para suscitar reflexiones sobre temas de interés común y atraer en Pisa cada año durante tres semanas constitucionalistas de reconocido prestigio internacional, cuya trayectoria científica y académica ha dado al CAF un prestigio creciente a lo largo de los años, convirtiéndolo en una cita fija para muchos juristas de ambos lados del Atlántico.

Los Directores
Gianluca Famiglietti y Silvia Romboli

I
L'accesso alla giustizia costituzionale



El acceso a la justicia constitucional

El acceso a la justicia constitucional

Pablo Pérez Tremps

Sumario: I. Introducción. II. Acceso al control de la ley. III. Defensa de derechos.

I. Introducción

Quisiera comenzar con mi agradecimiento a los organizadores de este curso por contar una vez más conmigo.

Me encargaron que presidiera y coordinara la mesa redonda sobre el acceso a la justicia constitucional, mesa en la que participan y me acompañan la profesora Tania Groppi de la Universidad de Siena, Haideer Miranda, profesor de la Universidad de Costa Rica, el profesor Saule Panizza, de esta Universidad de Pisa, que nos acoge, y la profesora Itziar Gómez Fernández, de la Universidad Carlos III y Letrada del Tribunal Constitucional de España.

Mi función es presentar y coordinar la mesa, pero me van a permitir que comience recodando un episodio de mi vida, aunque no sea buena técnica recordar a los desaparecidos hablando de uno mismo.

En septiembre de 1985 llegué al Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia, a pocos kilómetros de aquí, y allí me encontré con dos personas a los que yo no conocía personalmente: Alessandro Pizzorusso, que dirigía el Instituto, y Paolo Carrozza. Hoy este curso lleva el título genérico del prime-

ro y este año quiere homenajear y recordar al segundo, fallecido hace unos meses y que participó en las anteriores ediciones de este curso. Aunque entonces yo hablaba poco italiano fui acogido magníficamente por ambos, con los que compartí horas de seminario, charlas, cafés y almuerzos más o menos informales en los que aprendí muchas cosas y trabé una estrecha relación de amistad que he mantenido hasta su desaparición. Discúlpenme, pues, porque comenzar esta sesión recordando a ambos, ejemplos de dedicación universitaria a la justicia constitucional, entre otros temas, evocando ese episodio central de mi vida personal y académica, aunque haya sido a costa de hablar de mí, pero lo personal y lo académico en este caso están estrechamente unidos y me sirve para recordar y homenajear a Alessandro Pizzorusso y a Paolo Carrozza.

Vayamos ahora al tema de esta mesa, el *acceso a la justicia constitucional,* constatando, en primer lugar, lo obvio, esto es, la existencia de distintos sistemas y modelos de justicia constitucional, atendiendo especialmente al sistema competencial.

Y desde esta perspectiva, hay, en mi opinión, dos temas centrales a considerar: el acceso al control de la ley y el acceso a la defensa de los derechos fundamentales, temas en los que podríamos resumir que se mueven entre el "romanticismo jurídico" y la eficacia del sistema.

Si se leen las contribuciones básicas y clásicas sobre la justicia constitucional, ya en Kelsen está presente esa tensión.

II. Acceso al control de la ley

En lo que concierne al control de la ley concentrado o difuso o ambos, algún filtro muy a menudo hay; sin que se dé la legitimación popular. Ese filtro suele ser la interposición del juez ordinario. En los sistemas de control de constitucionalidad concentrado la interposición es obvia ya que solo los órganos judiciales incluso, en ocasiones, reduciendo la posibilidad de plantear el control de la ley a tribunales superiores del orden u órdenes jurisdiccionales ordinario A veces, en especial en América Latina, por otro lado, conviven en un mismo ordenamiento el control difuso y el

concentrado, sin que la experiencia muestre una gran eficacia en esta convivencia puesto que el uso de la potestad de ejercer el control difuso es casi anecdótica. En definitiva, casi siempre se ha huido de reconocer una especie de legitimación popular para el control de constitucionalidad de la ley seguramente huyendo de una sobrecarga de acciones con tal finalidad y de trasladar a la legitimación procesal la lucha política y debilitando la posición de la ley en el estado democrático. Es cierto que depositar de una u otra forma la posibilidad de cuestionar la adecuación de la ley a la Constitución también deja en manos de un mayor o menos activismo y una mayor o menos conciencia constitucional del juez.

En definitiva, queda siempre abierta la duda sobre la eficacia de los sistemas de control de constitucionalidad de la ley.

III. Defensa de derechos

La defensa de los derechos fundamentales es la segunda dimensión de la justicia constitucional más destacable y en este terreno la experiencia comparada podría resumirse la cuestión del acceso a la justicia constitucional como el riesgo de "morir de éxito" por el exceso de acciones especialmente en ordenamientos en los que existe este mecanismo específico de protección de derechos, se denominen como se denominen (por ejemplo "acción de tutela" en Colombia).

La primera cuestión a plantearse es si hay que proteger todos los derechos o si, por el contrario, hay que privilegiar la protección de algunos de esos derechos atendiendo a su naturaleza o a su mayor importancia, o al mayor riesgo de lesiones.

La segunda cuestión es la de si hay que abrir esa protección directamente ante la justicia constitucional o si debe introducirse el filtro de la jurisdicción ordinaria haciendo del recurso de amparo un instrumento o mecanismo procesal subsidiario de protección de derechos, dada la menor dificultad de acceso ante el juez ordinario que ante el juez constitucional.

En las jurisdicciones internacionales ese filtro está constituido por los órganos intermedios. En el sistema europeo fue la

Comisión hasta que el Protocolo XI abrió la posibilidad de legitimación popular. En el sistema interamericano y en el africano sigue existiendo del filtro de la Comisión.

La amplitud de la legitimación suele ir acompañada de fuertes filtros de acceso, que se proyectan incluso sobre las exigencias para justificar la importancia del asunto, como es el caso del recurso constitucional alemán o del recurso de amparo español en el que se exige que el asunto posea "especial trascendencia constitucional".

El juego de los distintos filtros acaba limitando mucho la eficacia del sistema, aunque evite que este muera de "éxito".

Por último, en esta sesión se analiza con una especial consideración el acceso a la protección de algunos derechos o algunos grupos de individuos dada su mayor vulnerabilidad, lo que se ilustra en la exposición de la Dra. Gómez Fernández.

Hasta aquí mi introducción y mi recuerdo a los amigos; les invito a abrir un debate con cualquiera de los miembros de la mesa, a quienes agradezco su participación en la misma.

Y mi gratitud una vez más a los organizadores por su invitación.

El acceso a la jurisdicción constitucional en España: explorar el refuerzo de la legitimidad de ejercicio*

*Itziar Gómez Fernández***

SUMARIO: I. Algunas ideas introductorias y algunos conceptos básicos. II. Legitimación procesal y acceso a la jurisdicción constitucional: la preferencia por los legitimados institucionales. III. El acceso en condiciones de igualdad independientemente de los medios económicos disponibles: ampliación de acceso. IV. Digitalización de la justicia constitucional: ampliación de acceso. V. Especial trascendencia sin rostro social: limitación de acceso a la jurisdicción. VI. Una jurisdicción constitucional cuestionada y que debe cuestionarse su alejamiento de la ciudadanía. Bibliografía.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto "Reforma constitucional: dimensión institucional y territorial" (20639/JLI/18) financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia a través de la convocatoria Jóvenes Líderes en Investigación del Subprograma de Apoyo y Liderazgo Científico y la Transición a la Investigación Independiente (Programa Fomento de la Investigación Científica y Técnica 2018).

** Profesora titular de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid, Letrada del Tribunal Constitucional de España.

I. Algunas ideas introductorias y algunos conceptos básicos

La Comisión de Venecia aprobó en su 85ª reunión plenaria[1] un *Estudio sobre el acceso individual a la justicia Constitucional.* El párrafo 18 enmarca como primera observación general la siguiente:

> Un cambio fundamental en la importancia de la protección constitucional de los derechos humanos se ha producido en los últimos 60 años en Europa y en otras partes. El respeto a los derechos humanos es ahora considerado como parte esencial de cualquier sociedad democrática. Los mecanismos que permiten a las personas invocar, directa o indirectamente, los derechos que les fueron conferidos son, en consecuencia, cada vez más importantes.

Lo que no dice de forma expresa el estudio, que analiza en detalle los mecanismos a que hace referencia esta observación en los países miembros de la Comisión de Venecia, es que en los años más recientes de esas seis décadas se ha puesto de manifiesto una doble paradoja que no siempre es fácil de explicar desde el análisis teórico.

De un lado, a un proceso histórico, político y legislativo en que se puso de manifiesto el interés por facilitar o flexibilizar el acceso a la jurisdicción constitucional, ha seguido otro en que el acento se ha colocado en la "protección" del modelo, y en particular de la capacidad de trabajo de su órgano principal de garantía,[2] allí donde ese modelo era heredero del kelseniano de control concentrado de constitucionalidad. Expresado en otros términos, sobre la base del análisis comparatístico se ve-

[1] Celebrada en Venecia el 17 y 18 de diciembre de 2010. El estudio aparece firmado por Gagik Harutyunyan, Angelika Nussberger y Peter Paczolay, y fue editado en Santiago de Chile en 2012, *https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-spa*

[2] En este sentido interesa recomendar la lectura del trabajo dirigido por Matia Portilla, F. J. y González Alonso, A., *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

rifica una pauta común en los ordenamientos con un sistema de acceso a la jurisdicción constitucional más abierto: la tendencia progresiva a la restricción de acceso para evitar el colapso funcional. Exactamente esa misma pauta, que se identifica en España o en Alemania, es la que ha llevado a la aprobación de las últimas reformas del sistema jurisdiccional del Consejo de Europa.[3] Así pues, podría decirse que a un movimiento de apertura sigue, casi indefectiblemente, unas décadas después, un movimiento de retracción llamado a controlar el acceso a la jurisdicción para garantizar el funcionamiento de la misma dentro de plazos razonables y en el marco de un tamaño institucional manejable.

Ahora bien, las modificaciones normativas que se han traducido en restricciones del acceso directo a la jurisdicción constitucional, han coincidido con un período de crisis económica que ha debilitado la cohesión social, poniendo de relieve el carácter basilar de los derechos humanos y, en particular, de los derechos económicos y sociales, que apenas estaban empezando a ser abordados y desarrollados adecuadamente por la jurisprudencia constitucional o regional de protección de los derechos humanos gracias a la configuración de estrategias de litigación en este sentido, en las que la capacidad de acceso a la jurisdicción ha resultado fundamental.[4] Las cortes actúan a instancia de quienes acceden a ellas y abordan los problemas de quienes acceden a ellas, de modo que si el acceso se dificulta puede haber colectivos que queden fuera, y problemas específicos de estos colectivos que no sean conocidos por la jurisdicción de los derechos.

---

[3] Sobre este proceso, conocido como "Proceso de Interlaken", véase toda la información en *https://www.europewatchdog.info/en/court/interlaken-process/*. Para un comentario y descripción de fondo consultar Montesinos Padilla, C., *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico-procesal. El caso español,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. Este mismo trabajo profundiza en las modificaciones procesales de la justicia constitucional en España, y en las modificaciones del modelo del TJUE.

[4] Para profundizar en la idea de litigación estratégica en materia de derechos humanos véase Rekosh, E.; Buchko, K. A. y Tervieza, V. (eds.), *Pursuing the public interest: a handbook for legal professionals and activists,* Nueva York, Columbia Law School, 2001.

En paralelo, los populismos de este inicio del siglo xxi han recuperado la idea de la objeción contramayoritaria[5] para debilitar la legitimidad de las altas cortes en general, y de las cortes constitucionales en particular.[6] La crítica a la élite judicial pasa por negarles legitimidad para oponerse a las decisiones adoptadas por el "pueblo" sea reunido en sede parlamentaria, sea expresado a través de referéndum, plebiscito u otro tipo de consulta. Pero la crítica obvia la idea de legitimidad de ejercicio,[7] y la posición de los tribunales constitucionales como defensores de los derechos, en particular de los derechos de las minorías.[8] El problema es

5 Sobre la objeción contramayoritaria y los discursos de oposición a la misma, véase Ferreres Comella, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

6 Son muchos los trabajos recientes en que se pone de manifiesto esta realidad, desde el punto de vista del análisis politológico. A mi juicio resulta particularmente esclarecedor el trabajo de Mounk, Y., *El pueblo contra la democracia; por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla,* Barcelona, Paidós, 2018. En el mismo sentido puede citarse el más conocido trabajo de Levitsky, S., Ziblatt, D., *Cómo mueren las democracias,* Barcelona, Ariel, 2018. Aunque, sin duda alguna, remontándonos algo más atrás encontramos la misma idea de tensión entre democracia y derechos, y la misma objeción en Nino, C. S., *Juicio al mal absoluto, ¿hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

7 Para profundizar en la idea de legitimidad de ejercicio y legitimidad de origen véanse los siguientes trabajos: García Martínez, A., "El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* núm. 21, diciembre de 2009, pp. 107-143; Ferreres Comella, V., "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", en *Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Jurisdicción Constitucional y Democracia,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2011; Starck, C., "La legitimación de la Justicia Constitucional y el principio democrático", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, pp. 479-493.

8 Sobre esta cuestión en particular resulta interesante la lectura de Ferrajoli, L., "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* 2010, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8772/10823*. Sin referirse exclusivamente a la jurisdicción constitucional, sino a la jurisdicción en general, Luigi Ferrajoli reflexiona sobre los fundamentos de la legitimidad de la jurisdicción, refiriéndose al carácter tendencialmente cognitivo de la jurisdicción que se

que resulta más fácil justificar la elusión de este contraargumento si se piensa en la reducción de acceso a las cortes por parte de la ciudadanía. Si la débil —o incluso inexistente— legitimación democrática de las cortes se compensa con una fuerte legitimación de ejercicio de las mismas, basada especialmente en una posición de garantes de los derechos, es más sencillo contra argumentar el discurso populista, pero si esa posición ha quedado debilitada por el efecto combinado de la crisis de 2008 y de la limitación de acceso a la jurisdicción constitucional entonces las cosas se complican. Y es en este punto donde la evidencia parece apuntar a la idea de que, quizá, la protección del modelo no pasa por reducir el acceso al garante sino por ampliarlo, dotándolo de unos medios personales y materiales acordes con la carga de trabajo, reforzando simultáneamente el sistema de selección de magistrados, para reivindicar la naturaleza independiente de los mismos y, con ello, la legitimidad de ejercicio de las cortes.

Esta idea da pie a avanzar en las reflexiones que siguen, y que pretenden analizar el grado de "accesibilidad" de la jurisdicción constitucional española. Es decir, su capacidad de apertura a la ciudadanía y, con ello, a la garantía de los derechos individuales y a la resolución de problemas relacionados con la aplicación y la interpretación de la Constitución que solo se plantea desde el análisis de supuestos concretos. Y como premisa de la reflexión proceder recordar que el nuestro es un modelo de jurisdicción constitucional concentrada en un Tribunal Constitucional, al que la Constitución y la ley orgánica reguladora atribuyen un amplio elenco de funciones y de herramientas procesales para llevarlas a cabo.[9] Estas dos características —sistema concentrado con am-

dedica a verificar hechos o situaciones y que se reconoce por la motivación de hecho y de derecho; a la garantía de los derechos de los ciudadanos, principalmente los fundamentales y por tanto al papel de contrapoder desarrollado por el poder judicial frente a los poderes de las mayorías; y a la confianza de los destinatarios del juicio. A algunas de estas ideas se hará referencia detallada en el texto.

9 No debe olvidarse que la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha sido reformada en varias ocasiones con el objetivo de modificar los instrumentos procesales al servicio de salvaguarda de la supremacía constitucional. La Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, suprimió el recurso previo contra leyes orgánicas que se recuperó, solo para los

plitud de funciones—, son fundamentales para formular un análisis certero de la apertura de la justicia constitucional en España, siempre que tengamos en cuenta que, cuando hablamos de accesibilidad nos estamos refiriendo: *1)* al desarrollo de mecanismos procesales que aseguren al ciudadano la condición de legitimado directo o indirecto en los procesos constitucionales; *2)* al aseguramiento del acceso en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos a la jurisdicción constitucional, y *3)* a la necesidad de formular ajustes razonables a las personas que manifiestan dificultades de acceso a la jurisdicción por estar en situación de particular vulnerabilidad.[10]

II. Legitimación procesal y acceso a la jurisdicción constitucional: la preferencia por los legitimados institucionales

2.1. Planteamiento general

Podemos entender por legitimación en los procesos constitucionales, siguiendo a Torres Muro, "la capacidad de activar o poner

Estatutos de Autonomía (que adoptan la forma de ley orgánica) con la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre; La Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, viene a introducir la primera restricción a la admisibilidad del recurso de amparo, al introducir la noción de manifiesta carencia de contenido, restricción que se amplia y acentúa cuando la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, introduce la noción de especial trascendencia constitucional como requisito que debe concurrir en un amparo para su admisión a trámite; la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, introduce el "conflicto en defensa de la autonomía local"; la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, introduce un mecanismo procesal de defensa de la "autonomía foral", además de ampliar el objeto del control de constitucionalidad a las normas forales sobre fiscalidad; por último la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, refuerza los procedimientos de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

10 Sobre esta cuestión en concreto, que no tendré la ocasión de desarrollar suficientemente en estas páginas, véase Gómez Fernández, I., "Derecho a la justicia y vulnerabilidad en la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo: confluencias", en Santolaya Machetti, P., Wences, I. (coord.), *La América de los derechos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 607-634.

en marcha, un proceso constitucional concreto"[11] o, en palabras de García Roca, el derecho a "acceder a la jurisdicción constitucional que otorga la posibilidad de iniciar un proceso y de disponer sobre la actividad alegatoria y sobre la pretensión procesal".[12] Se defina como derecho, como facultad, o como capacidad lo único cierto es que la idea de legitimación entronca con la posibilidad de acceder a la puerta del Tribunal Constitucional para llamar a ella, instando al órgano de control para que actúe. Al mismo tiempo el diseño de la legitimación va a tener un impacto directo sobre los temas de que tendrá conocimiento el Tribunal y, por tanto, sobre su concreto ámbito de actuación jurisdiccional, porque en nuestro sistema el Tribunal Constitucional jamás actúa de oficio, de modo que quien marca y define las líneas del debate constitucional en sede jurisdiccional es siempre el recurrente.

Tal actuación, como ya se ha dicho, se articula a través de una diversidad de funciones que se organiza en torno a tres ejes: la depuración del ordenamiento a través del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley; el arbitraje de los eventuales conflictos constitucionales que pudieran surgir entre los órganos o entidades territoriales a quien la Constitución encomienda la gestión del poder; y la garantía individual de los derechos fundamentales. Este abanico amplio y abierto de funciones va a concretarse a través de una serie de procedimientos cuya activación se atribuye, mayoritariamente, a legitimados institucionales que no actúan en defensa de la Constitución por ostentar un interés individual legítimo, sino por identificarse como titulares de una determinada institución, órgano o facción de órgano, u ocupar determinado cargo o función pública (como el ministerio fiscal o el Defensor del Pueblo, por ejemplo) que les confieren una especial importancia en el sistema constitucional.[13]

---

11 Torres Muro, I., "Problemas de legitimación en los procesos constitucionales", *Revista de Derecho Político de la Uned*, núms. 71-72, enero-agosto de 2008, pp. 609-640 (en particular p. 609).

12 En esta misma línea también lo define Sánchez Morón, M., "La legitimación activa en los procesos constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, septiembre-diciembre de 1993.

13 En este sentido véase Torres Muro, I., "Problemas de legitimación...", *cit.*, p. 612.

2.2. Legitimados para formular el control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad de las normas con rango de ley (art. 162.1.a de la Constitución Española, en adelante CE) se activa, exclusivamente, por la acción de legitimados institucionales. La interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante LOTC) y del recurso previo frente a proyectos de Estatutos de Autonomía (art. 79.3 LOTC) está atribuida al presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo,[14] 50 diputados, 50 senadores,[15] los órganos ejecutivos de las comunidades autónomas y las asambleas de las mismas.[16] La legitimación para la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad frente a tratados internacionales se atribuye al Gobierno o a ambas cámaras (art. 78.1 LOTC).

---

14 En el caso del Defensor del Pueblo, si bien su labor institucional se limita a la garantía institucional de los derechos recogidos en la Constitución, se da la particularidad de que no queda limitado a impugnar normas con fuerza de ley por su oposición a esos mismos derechos, tal y como se reconoce, entre otras, en las SSTC 150/1990, de 4 de octubre y 274/2000, de 15 de noviembre. Véanse al respecto las reflexiones de Díaz Crego, M., "Defensor del Pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 307-349.

15 El trabajo de Torres Muro previamente citado, nos recuerda que las minorías parlamentarias con legitimación ante el Tribunal, son una agrupación ocasional de parlamentarios que se unen a los efectos de impugnar la norma con rango de ley, de modo que es preciso poner de manifiesto ante el Tribunal la congregación de voluntades individuales, y el apoderamiento del que actúa como portavoz. No se trata, por tanto, de un acceso al Tribunal de los parlamentarios individualmente considerados, sino de una agrupación ad hoc de parlamentarios que aúna tales voluntades para alcanzar la facultad de recurrir.

16 Si bien se restringe formalmente la legitimación de los órganos de las comunidades autónomas limitando el objeto de su facultad de incoación del control a las normas que afecten a su ámbito de autonomía (art. 162.1 a) CE y 32.2 LOTC), el desarrollo jurisprudencial de esta limitación ha tenido a matizarla hasta casi hacerla desaparecer. A este respecto merece ser citada la obra de Allúe Buiza, A., *Legitimación de las Comunidades Autónomas en el recurso de inconstitucionalidad,* Valladolid, Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1992.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y arts. 35 y ss. LOTC) es una facultad exclusiva del juez del procedimiento *a quo*. A diferencia del modelo francés de la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) por ejemplo, que atribuye un papel protagonista a los ciudadanos en la fase *a quo* del procedimiento, porque el juez ordinario no puede plantear la cuestión de oficio, en el modelo español el órgano judicial es el protagonista del sistema.[17] El único sujeto facultado para plantear la cuestión, con el acuerdo o la oposición de las partes en el procedimiento de instancia que, si bien deben ser escuchados respecto de la duda de constitucionalidad surgida (art. 35.2 LOTC), no tienen por qué ser atendidos en sus demandas o planteamientos.

Siendo cierto lo anterior, también lo que es que la Ley Orgánica (LO) 6/2007 facilitó el acceso a la jurisdicción constitucional a los sujetos parte en el procedimiento de instancia, en el marco de la tramitación procesal de una cuestión de inconstitucionalidad ya admitida a trámite, y en el plazo de los 15 días siguientes a la publicación en el Boletín Oficial del Estado de tal admisión. De este modo su opinión favorable o contraria a la existencia de contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución, tiene la opción de ser presentada ante la jurisdicción constitucional directamente. Esta reforma de la LOTC viene a dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 23 de junio de 1993, en el asunto *Ruiz Mateos vs. España,* aportando, quizá con cierto retraso, una garantía de no repetición de la vulneración del derecho a un proceso (constitucional) equitativo.

En los apartados 57 a 59 de aquella sentencia, el TEDH reconoce que no le compete pronunciarse en abstracto sobre la proyección del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) a la jurisdicción constitucional, pero si asegurarse de que los tribunales constitucionales preservan los derechos de los actores en el seno del proceso. El Tribunal de Estrasburgo identifica asimismo que el único medio indirecto de que disponía el recurrente para quejarse de una infracción de su

[17] Véase Bonet, J., Gahdoun, P-Y., "La recevabilité de la QPC", *La question prioritaire de constitutionalité,* París, Presses Universitaires de France, 2014, p. 29.

derecho de propiedad (art. 33 CE), por la expropiación contenida en una norma con rango de ley, era el que le proporcionaba solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, habida cuenta de que ni siquiera el recurso de amparo estaba a su disposición en este caso, al referirse a un derecho extramuros de este procedimiento. La sentencia, en su párrafo 63, concluye que "[...] si bien los procedimientos constitucionales presentan unas características propias que tienen en consideración la especificidad de la norma que ha de aplicarse y la importancia de la decisión que debe dictarse para el sistema jurídico vigente; también buscan permitir a un órgano único estatuir sobre un gran número de casos que afectan a temas muy diversos [...]", lo cierto es que, como en el supuesto de hecho concreto, puede ocurrir que esos procesos constitucionales "[...] se refieran a una ley que concierne directamente a un círculo restringido de personas. Si en tal caso se somete la cuestión de la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional en el marco de un procedimiento relativo a un derecho de naturaleza civil, del que son parte personas pertenecientes a ese círculo, en principio debe garantizárseles libre acceso a las observaciones de las otras partes y una posibilidad verdadera de comentarlas [...]". En suma, la garantía de igualdad de armas derivada del artículo 6.1 del CEDH debe extenderse a los procesos constitucionales allí donde esté justificado, estándolo en los supuestos de leyes de caso único o dirigidas a un número individualizable de interesados. Como se deduce fácilmente de la lectura de la actual redacción del artículo 35.2 de la LOTC el reconocimiento de la participación de las partes del procedimiento *a quo* va más allá de lo que apuntaba la sentencia de Estrasburgo y asume que, más allá de la igualdad de armas, es preciso garantizar la posibilidad de defensa de los intereses individuales, que están presentes en la instancia y que, sin duda, vendrán condicionados por el resultado final del juicio de constitucionalidad realizado en el procedimiento en sede constitucional.

Si bien no podemos hablar de legitimados individuales respecto de la cuestión de inconstitucionalidad, ni de acceso directo, como bien reconocía la sentencia del TEDH, si se trata de una vía de acceso indirecta al Tribunal Constitucional que no estaba prevista en la primera versión de la LOTC.

2.3. Legitimados en el marco de los conflictos constitucionales

Por lo que hace al arbitraje de los conflictos, este eje funcional se desarrolla a través de los conflictos de competencia positivos y negativos (art. 60 LOTC),[18] de los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales (arts. 59.1.c y 73 LOTC),[19] de los conflictos en defensa de la autonomía local (art. 75 ter 1 LOTC[20] y disposición adicional cuarta LOTC) y de las impugnaciones del artículo 161 de la Constitución, proceso conocido como impugnaciones del título V (de la LOTC) o IDA (art. 76 LOTC),[21] esto es "impugnación de disposiciones autonómicas".

En todos ellos, con una sola excepción, se reconoce la legitimación para incoar los procedimientos a legitimados institucionales, privilegiando siempre a los legitimados estatales frente a

---

18 Según el art. 63 LOTC pueden instar el planteamiento de los conflictos de competencia el Gobierno del Estado o los órganos ejecutivos superiores de una Comunidad Autónoma.

19 Los conflictos de atribuciones pueden ser incoados por el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial según el art. 59.1.c) LOTC, y por el Tribunal de Cuentas según el art. 8 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

20 Dispone el precepto que están legitimados para plantear este tipo de conflictos: "a) El municipio o provincia que sea destinatario único de la ley; b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente; c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial". Adicionalmente, la DA4ª reconoce la legitimación a las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada territorio histórico cuando el ámbito de aplicación de la ley afecte directamente a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

21 La interposición del IDA, por ejemplo, queda reservada al Gobierno del Estado, no estando a disposición de los ejecutivos autonómicos y permitiendo la suspensión automática de la resolución impugnada, del mismo modo que se permite esta suspensión cuando es el presidente del Gobierno quien incoa un recurso de inconstitucionalidad contra una norma autonómica, o cuando se interpone un conflicto positivo de competencias por parte del Estado, según dispone el art. 161.2 CE.

los legitimados autonómicos o locales,[22] siendo particularmente exigentes los criterios de legitimación respecto de estos últimos. La excepción se identifica en relación con los conflictos negativos de competencia, que podrán ser instados por las personas físicas o jurídicas interesadas en activar la acción administrativa del Estado o de alguna Comunidad Autónoma (art. 60 LOTC). Ahora bien, el procedimiento previo a la incoación del conflicto ante el Tribunal Constitucional es tan complejo (véanse los arts. 68 a 72 LOTC) que los ejemplos en que un procedimiento de este tipo ha concluido con una sentencia se limitan a tres, identificados con las SSTC 300/1993, de 20 de octubre; 37/1992, de 23 de marzo, y 156/1990, de 18 de octubre. Tres sentencias de un total de 23 procedimientos incoados, la mayoría de los cuales han sido inadmitidos por auto que o bien determinaba el inadecuado agotamiento de la vía judicial previa,[23] o bien constataba que las reivindicaciones planteadas no eran estrictamente competenciales o no exigían el pronunciamiento del Tribunal sobre el reparto de competencias.[24]

2.4. Legitimación para interponer el recurso de amparo

2.4.1 Una legitimación mixta y excluyente de la acción popular

Por último, el recurso de amparo [art. 53.2 y 161.1.b) CE] se presenta como mecanismo específico de garantía de los derechos fundamentales por parte del poder ejecutivo, administración pública, poder judicial y administración parlamentaria. Si bien

22 En este sentido véase Torres Muro, I., "Problemas de legitimación...", *cit.*, p. 627.

23 Es el caso de los AATC 168/2019, de 10 de diciembre; 163/2012, de 13 de septiembre y 15/2011, de 15 de febrero.

24 Sucede en los AATC 252/2014, de 21 de octubre; 251/2014, de 21 de octubre; 207/2014, de 22 de julio; 269/2001, de 16 de octubre; 169/2001, de 21 de junio; 192/1998, de 15 de septiembre; 303/1994, de 8 de noviembre; 268/1994, de 4 de octubre; 357/1990, de 2 de octubre; y 322/1989, de 6 de junio.

el respeto de los derechos fundamentales por parte del legislador estatal, autonómico o internacional se articula a través de los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, y el recurso de amparo actúa sobre los conflictos específicos derivados de la aplicación de la norma, en ocasiones puede ser un mecanismo útil para poner de manifiesto lesiones que proceden directamente de las previsiones legales que los demás poderes aplican. En estos casos se abre la posibilidad de que el Tribunal se plantee, como órgano judicial *a quo* en el procedimiento de amparo una cuestión interna de constitucionalidad (art. 55.2 LOTC).[25]

La legitimación, en el caso del recurso de amparo, es mixta y excluye la legitimación popular tal y como se apuntó desde la primera jurisprudencia constitucional, particularmente en el ATC 399/1982, de 15 de diciembre.[26]

Y si la calificamos como "mixta" es porque, de un lado, se admite la legitimación institucional del Defensor del Pueblo[27] y el Ministerio Fiscal[28] (art. 162.1 b CE). Y de otro, se abre la juris-

[25] Este precepto establece que "en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los arts. 35 y siguientes".

[26] Sobre este particular véase Torres Muro, I., "Legitimación en los procesos constitucionales e intereses colectivos", en Carbonell Porras, E., Cabrera Mercado, R., *Intereses colectivos y legitimación activa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 119-135. También se refiere a esta cuestión González Trevijano, P.J., "La legitimación en el recurso de amparo: los interesados legítimos", *Revista de Derecho Público*, núm. 98, 1985, pp. 23-67.

[27] Sobre la polémica legitimación del Defensor del Pueblo véase Díaz Crego, M., *op. cit*. Esta autora se refiere a un exceso competencial del Defensor del Pueblo en el control abstracto, porque no se limita a su función de garante institucional de los derechos fundamentales, y ello en el marco de un modelo de acceso restringido al control de constitucionalidad. Y, al tiempo, verifica una dificultad manifiesta de actuar en el seno de los procedimientos de amparo que hace devenir casi ineficaz el reconocimiento de su legitimación.

[28] La legitimación institucional del Ministerio Fiscal se deriva de las funciones reconocidas constitucionalmente de "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (art. 124.1 CE). Sobre la legitimación del Mi-

dicción constitucional a la ciudadanía, esto es a todos los sujetos que han sido objeto de alguna decisión administrativa o jurisdiccional de los poderes públicos, siempre que invoquen un interés legítimo (art. 162.1 b CE).

Así, el recurso de amparo constitucional permite al ciudadano que entiende vulnerados sus derechos fundamentales, y que sostiene que esa vulneración no ha sido reparada por la jurisdicción ordinaria o incluso ha sido provocada por esta, acudir al Tribunal Constitucional. Las condiciones serán, en lo que ahora nos interesa destacar, apenas dos: *i)* que la vulneración pueda imputarse a la actividad sin valor de ley de los parlamentos (art. 42 LOTC), a cualquier actuación administrativa (art. 43 LOTC), o a las resoluciones de los tribunales de justicia (art. 44 LOTC), de lo que se deduce que no cabe la impugnación por la ciudadanía y a través del recurso de amparo, de las normas con rango de ley lesivas de los precepto alguno de la Constitución, y *ii)* que se asegure el respeto al principio de subsidiariedad, de modo que se hayan agotado los recursos previos disponibles antes de llegar a la jurisdicción constitucional, bien en sede parlamentaria (art. 42 LOTC), bien en sede jurisdiccional (arts. 43 y 44 LOTC).

Por tanto el control abstracto de inconstitucionalidad a través del recurso previo y del recurso sucesivo de inconstitucionalidad se reserva a legitimados institucionales, mientras que la defensa de los derechos fundamentales no queda restringida a la garantía facilitada por este tipo de control, sino que se amplía gracias a la herramienta facilitada por el recurso de amparo a todo sujeto que pueda mostrar la existencia de un interés legítimo.

2.4.2. Una legitimación basada en la existencia de un interés legítimo

Llegados a este punto, es imprescindible recordar que la noción de "interés legítimo" en este caso es más amplia que la de titu-

nisterio Fiscal y el escaso uso que hace de la misma, véase Pérez Tremps, P., "El acceso al recurso de amparo", *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2007, vol. II, pp. 979-1004.

laridad del derecho fundamental, aunque obviamente el titular del derecho fundamental cuya vulneración se denuncia, detenta el interés legítimo en instar su defensa y garantía. Aunque también es necesario reconocer que seguir la jurisprudencia constitucional no ayuda siempre, con total certeza, a identificar adecuadamente los límites del interés legítimo.[29]

Si parece estar claro que tal interés está presente allí donde el recurrente en amparo pueda mostrar que ostenta cualquier interés en sentido propio, o que ha sido parte en el procedimiento de instancia que constituye la vía judicial previa al amparo.[30] La jurisprudencia constitucional lo establece de forma inequívoca en la STC 214/1992, de 11 de noviembre cuando dice que

> [...] a diferencia, pues, de otros ordenamientos, tales como el alemán o el propio recurso individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos [art. 25.1 a) CEDH], nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la "víctima" o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un "interés legítimo", por lo que, a los efectos de determinar si la recurrente observa o no el requisito constitucionalmente

[29] Pérez Tremps, P., *"El acceso al recurso de amparo"..., cit.,* p. 994. Este autor afirma: "[...] si se sigue la jurisprudencia constitucional, es difícil trazar líneas generales a la hora de concretar el concepto, que resulta más o menos amplio en función de las circunstancias de cada caso, del derecho en cuestión, etc. [...] Por tanto, la jurisprudencia resulta en extremo casuística. Coherentemente con esa casuística, el Tribunal ha rechazado expresamente criterios interpretativos muy expansivos del concepto de "interés legítimo" apoyándose en la particular naturaleza que poseen los derechos fundamentales (Auto del Tribunal Constitucional 942/1985, FJ 1), vinculados a la dignidad humana, lo que hace que la acción de amparo, en principio, sea personalísima (Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2005, Fj 9 entre otras) [...]".

[30] En este caso concreto la regla del interés legítimo se conecta con la lógica procesal sobre la subsidiariedad del recurso de amparo a la que también se hace referencia en el texto. Apunta esta conexión Pérez Tremps, P., *"El acceso al recurso de amparo"..., cit.,* p. 983, donde recuerda también que "como regla general hay que haber sido parte en la vía judicial previa, pero el simple dato procesal de haberlo sido no abre el recurso de amparo, que solo será viable si existe un interés legítimo vinculado a la protección de un derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional 92/1997, FJ 1, por ejemplo)".

> exigido de la legitimación activa, lo único que hay que comprobar en el presente recurso de amparo es si ostenta dicho interés legítimo para solicitar el restablecimiento del derecho fundamental que afirma vulnerado.

Y lo reitera en resoluciones como las SSTC 84/2000, de 27 de marzo, 13/2001, de 29 de enero, 240/2001, de 18 de diciembre y 298/2006, de 23 de octubre.

Esta comprensión amplia de la legitimación, vinculada a la existencia de un interés legítimo, si bien descarta la acción popular, ha llevado al Tribunal a reconocer la legitimación de los representantes de menores o incapaces sin capacidad plena para la defensa de sus propios derechos fundamentales (por todas, STC 99/2019, de 18 de julio), de colectivos sin personalidad jurídica (STC 214/1991, de 11 de noviembre), de los sucesores testamentarios (por todas, STC 26/2020, de 24 de febrero) y de sindicatos y asociaciones para defender los intereses profesionales de sus miembros o sus fines estatutarios (así se reconoce, por ejemplo, en las SSTC 31/1984, de 7 de marzo, 180/1988, de 11 de octubre, 47/1990, de 20 de marzo, 284/2006, de 9 de octubre).

Pero algo más complicado ha sido reconocer la legitimación para la defensa de intereses difusos o de intereses colectivos.[31] Es cierto que en algún supuesto puntual el Tribunal Constitucional ha reconocido que la defensa de un interés colectivo puede poner de manifiesto la concurrencia de un interés legítimo. Con la cita de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, paradigmática en relación con la definición de la legitimación del amparo constitucional, puede afirmarse que si bien el Tribunal rechaza el ejercicio de la acción popular (así se plasma en las SSTC 62/1982, 62/1983, 257/1988, 123/1989 y 47/1990), asume la posibilidad de reconocer interés legítimo a un miembro de un grupo étnico o social determinado cuando se trate de promover la defensa de un derecho personalísimo (honor por ejemplo) de los integrantes

[31] Algún autor habla de los intereses generales de la comunidad, es el caso de González Trevijano, P.J., *op. cit.;* Pérez Tremps P., *"El acceso al recurso de amparo"..., cit.,* también ejemplifica la exclusión de supuestos de defensa de intereses difusos con la cita de los AATC 158/1992 y 1178/1988.

de ese grupo. En el caso en concreto resuelto por la sentencia, la recurrente era una mujer judía, víctima de la persecución nazi durante la Segunda Guerra Mundial, que interpuso un recurso de amparo contra declaraciones de contenido negacionista. El Tribunal afirma en su resolución que

> [...] desde su doble condición, de ciudadana de un pueblo como el judío, que sufrió un auténtico genocidio por parte del nacionalsocialismo, y de la de descendiente de sus padres, abuelos matemos y bisabuela (personas todas ellas que fueron asesinadas en el referido campo de concentración), forzoso se hace concluir que, sin necesidad de apelar aquí a la referida legitimación por «sucesión» procesal del derecho subjetivo al honor de sus parientes fallecidos (al amparo de los arts. 4.2 y 5 de la L.O. 11/1982, de protección del derecho al honor), que también cumpliría la recurrente, la invocación del interés que la demandante efectúa en su escrito de demanda en relación con las declaraciones del demandado, negadoras del referido exterminio y atributivas de su invención al pueblo judío, merece ser calificado de "legítimo" a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país, de la que forma parte la recurrente, por lo que, de conformidad también con nuestra doctrina sobre el derecho de tutela, ha de merecer de este Tribunal un examen de la totalidad del fondo del asunto [...].

Esta misma jurisprudencia ha sido menos flexible cuando ha visto menos clara la afectación de intereses propios al tiempo que colectivos en pronunciamientos como la STC 217/1992, de 1 de diciembre, o en algunos supuestos en que una persona jurídica o una institución se arrogaban la legitimación para defender los intereses de los integrantes de la institución: así en la STC 141/1985, de 22 de octubre, se niega la legitimación de un sindicato para defender el derecho a la libertad de expresión de sus miembros, o en los AATC 192 y 193/2010, de 1 de diciembre, se niega la legitimación de una asamblea autonómica para interponer un recurso de amparo en defensa de los derechos de participación política de sus integrantes.[32]

[32] Resultan sumamente interesantes a este respecto las reflexiones de Torres Muro, I., "Legitimación en los procesos constitucionales..., *cit*.

En todo caso, puede sostenerse, con Pérez Tremps, que se trata de una doctrina esencialmente casuística, en la que la naturaleza del derecho, el interés defendido, la posición de quien dice ostentar la legitimación para acudir en amparo y la capacidad de los sujetos individuales para intentar esa misma defensa, resultan fundamentales.

2.5. En síntesis

Por tanto, el acceso de las personas, físicas o jurídicas, individualmente consideradas, a la jurisdicción constitucional en España, se articula: *i)* de modo directo por la vía procesal del recurso de amparo, una vez se han agotado los recursos previos en la jurisdicción ordinaria; *ii)* de modo indirecto a través del Defensor del Pueblo, que puede incoar recurso de inconstitucionalidad contra normas estatales o autonómicas con rango de ley, y hacer suyas las demandas de personas o grupos que recurran a él a través del mecanismo de quejas que prevé la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, *iii)* y de modo también indirecto, a través del órgano judicial del procedimiento *a quo* que bien hace suya una duda de parte, bien pone de relieve una duda propia respecto de la norma aplicable para resolver el procedimiento.[33]

Estas dos últimas vías de acceso son, por su escasa utilización, o por su carácter indirecto, claramente marginales en lo que hace al acceso de los ciudadanos a la jurisdicción constitucional. La vía principal y habitualmente utilizada de acceso directo, sea el perjudicado por la acción de los poderes del Estado una persona física o una persona jurídica, es la que proporciona el recurso de amparo en cualquiera de sus tres modalidades (recurso de amparo frente a actos sin valor de ley del poder legislativo (art. 42 LOTC), recurso de amparo frente a actos del poder ejecutivo y la administración (art. 43 LOTC), o recurso de amparo frente a resoluciones del poder judicial (art. 44 LOTC).

[33] En este mismo sentido véase *ibidem*, p. 124.

Más allá de lo dicho, a diferencia de lo que recientemente ha decidido la *Corte Costituzionale* italiana,[34] no existe la previsión de intervención del *amicus curiae* en ningún tipo de proceso constitucional, lo que incide, sin duda alguna, en una limitación de acceso de determinadas posiciones a la jurisdicción constitucional. Si bien en este caso no hablamos de limitación de acceso a esa jurisdicción, sí hablamos de distanciamiento de la jurisdicción constitucional del debate social, del tercer sector, y de un eventual empobrecimiento del debate.

III. El acceso en condiciones de igualdad independientemente de los medios económicos disponibles: ampliación de acceso[35]

La jurisdicción constitucional española es una jurisdicción sumamente técnica y especializada, que exige al recurrente acompañarse de una adecuada representación procesal y asistencia letrada. Si bien no es así en todos los modelos de jurisdicción constitucional, la LOTC contempla expresamente esta obligación, que opera también como garantía del justiciable, en el artículo 81.1, bajo la siguiente dicción literal: "[...] Las personas físicas o jurídicas cuyo interés les legitime para comparecer en los procesos constitucionales, como actores o coadyuvantes, deberán conferir su representación a un Procurador y actuar bajo la dirección de Letrado. Podrán comparecer por sí mismas, para defender derechos o intereses propios, las personas que tengan

[34] Esa decisión fue adoptada el 8 de enero de 2020 por la Consulta, y ha supuesto la modificación, en particular, de los arts. 4 ter y 14 bis de las *"Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale"*.

[35] Este apartado integra parte del informe presentado por el Tribunal Constitucional Español al Seminario de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional celebrado en Cartagena de Indias (Colombia) del 20 al 22 de noviembre de 2019, bajo el título "El acceso a la justicia constitucional como objetivo fundacional de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional". El documento, elaborado en esta parte por la firmante de esta contribución, está disponible en su edición completa en la página web de la conferencia *https://www.cijc.org/es/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/Respuestas%20al%20cuestionario-España%20vf.pdf*

título de Licenciado en Derecho, aunque no ejerzan la profesión de Procurador o de Abogado [...]".

Ahora bien, como el propio Tribunal reconoce, entre otras, en su STC 105/1995, de 11 de junio, "[...] cuando la ley impone la obligatoriedad de la asistencia de Abogado y Procurador para la válida realización de los actos procesales, este requisito de postulación procesal no puede convertirse en una carga para el justiciable que carece de recursos económicos, que se erija en obstáculo insalvable para el acceso a la jurisdicción o, en su caso, al recurso preestablecido, pues no es admisible constitucionalmente hacer depender de una institución ajena al litigante el efectivo cumplimiento de los requisitos procesales capaces de determinar, en su caso, la inadmisión de los recursos [...]".

Por tanto, garantizar un adecuado acceso de los individuos a la jurisdicción constitucional, pasa por imponerles una asistencia técnica adecuada y especializada a ser posible, por proporcionarles la misma cuando no tengan un abogado de su confianza, y por asegurar que el coste económico derivado de esa asistencia pueda ser sufragado con fondos públicos si la persona no tiene medios suficientes para litigar.

Estas cuestiones son abordadas por el Pleno Gubernativo del Tribunal Constitucional español, en ejercicio de sus competencias autorregulatorias (art. 2.2 LOTC), mediante un acuerdo de 18 de junio de 1996 sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional.[36] Del contenido normativo del acuerdo se puede extraer que, cuando una persona decide interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, se pueden dar varias situaciones distintas en lo que hace a la garantía de accesibilidad y a la asistencia jurídica:

1. El recurrente puede acudir al Tribunal con su abogado y con procurador de su elección y a su costa, en cuyo caso el recurso se tiene por formalizado en el momento en que se presenta

[36] El acuerdo se aprueba en desarrollo del art. 80 LOTC, que remite a su vez a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LECiv) para la regulación de la comparecencia en juicio, dentro de la que se comprende la defensa jurídica gratuita.

ante el registro, quedando sujeto a los plazos que establecen los arts. 42, 43 y 44 LOTC, en virtud de la modalidad de recurso de amparo de que se trate.

2. El recurrente puede haber sido beneficiario de justicia gratuita en el procedimiento de instancia,[37] habiendo sido asistido por procurador y letrado del turno de oficio habilitado para asistir también en amparo. En este caso se presentará la demanda teniéndose por planteado el amparo en la fecha de registro, por lo que debe personarse ante el Tribunal dentro del plazo legal previsto en la LOTC (art. 6 del acuerdo). El artículo 3 del acuerdo, que contempla esta circunstancia, pone de manifiesto que la habilitación del abogado del turno se dará cuando la "resolución que agote la vía jurisdiccional previa al recurso de amparo haya sido dictada por un órgano judicial con sede en Madrid", lo que presupone además que el abogado es del colegio de abogados de Madrid y ha seguido el correspondiente curso de especialización del turno de oficio de amparo.[38]

3. El recurrente puede haber sido beneficiario de justicia gratuita en el procedimiento de instancia, habiendo sido asistido por procurador y letrado del turno de oficio que *no está habilitado para asistir también en amparo*. Esta circunstancia viene regulada en los artículos 4 y 7 del acuerdo, cuando el Tribunal se refiere a los recursos de amparo planteados tras agotar una vía judi-

[37] El beneficio de justicia gratuita se concede en los casos que contemplan los arts. 2 a 5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, cubriendo lo previsto en el art. 6 de la misma norma.

[38] Existe la posibilidad de que el abogado de oficio que ha asistido al recurrente en la vía judicial previa manifieste ante el Tribunal, la *insostenibilidad del recurso de amparo* frente al criterio de su defendido. Ante este planteamiento del abogado que venía conociendo del asunto, el art. 5 del acuerdo prevé que el recurrente pueda plantear el amparo con otro letrado de su elección o con un segundo letrado del turno de oficio, dando una nueva opción al planteamiento del recurso. En este caso el plazo para formalizar la demanda de amparo es el que marca la ley (20 días para los amparos del art. 43 LOTC y 30 días para los amparos del art. 44 LOTC), a contar desde el día en que se notifique al interesado la decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, si fuere desestimatoria y por tanto exigiera el nombramiento de abogado de elección propia, o desde el día en que se produzca la designación del segundo abogado de oficio.

cial previa que no ha concluido en un órgano judicial con sede en Madrid. En este caso el amparo se tiene por anunciado, sin formalizar, con un escrito firmado por el procurador (o incluso por el abogado de la vía judicial previa), y presentado dentro de los plazos previstos en los artículos 43 y 44 LOTC, comunicando la intención de interponer el recurso, exponiendo sucintamente una relación circunstanciada de los hechos en que se funde su pretensión, solicitando que se designe abogado, y en su caso procurador del turno de oficio, y acompañando el escrito con copia o testimonio de las resoluciones judiciales que pretendan impugnar en amparo, la acreditación de la fecha en que les hayan sido notificadas y la certificación del derecho a la asistencia jurídica gratuita que previamente se les haya reconocido. Con este escrito de anuncio se interrumpen los plazos de prescripción de la acción de amparo, y se tramita por la secretaria de justicia del Tribunal Constitucional (disposición adicional cuarta del acuerdo) la designación de un abogado del turno de oficio de amparo.

Lo más habitual es que el Tribunal tramite la solicitud de abogado y procurador, antes de analizar incluso la viabilidad de la pretensión lo que supone una garantía extrema de los derechos del justiciable, y un esfuerzo del sistema que es imprescindible reconocer. Pero, ocasionalmente, el Tribunal puede llegar a denegar la designación de abogado y/o procurador del turno de oficio por alguno de los siguientes motivos: *a)* que el escrito inicial del interesado se haya presentado fuera del plazo previsto en los artículos 43 y 44 de la LOTC; *b)* que el enjuiciamiento de la materia a que se refiera la impugnación no corresponda a la competencia del Tribunal Constitucional; *c)* que las resoluciones que se pretendan impugnar no sean susceptibles de recurso de amparo constitucional, o *d)* que no se haya agotado la vía judicial procedente o todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

Tampoco es infrecuente que, en supuestos como el descrito en este apartado, el abogado que ha venido asistiendo al interesado en el procedimiento de instancia, *decida seguir proporcionando la asistencia letrada* en el amparo, lo que puede hacer si renuncia a sus honorarios (arts. 4 y 7 del acuerdo). En este caso solo se solicitará la designación de un procurador de oficio, acompañando al escrito de interposición del recurso de amparo la cédula

de emplazamiento, la certificación del derecho a la asistencia jurídica gratuita que previamente se haya reconocido y el escrito de renuncia del abogado a percibir honorarios en los términos establecidos en el artículo 27 LAJG.

4. Por último, el recurrente puede *llegar sin ninguna asistencia,* y presentar por sí mismo el anuncio de la intención de plantear el recurso de amparo, lo que es sumamente habitual, por ejemplo, en los supuestos en que las personas que están cumpliendo una pena privativa de libertad deciden plantear un recurso de amparo contra decisiones de la administración penitenciaria. En esos supuestos también se tiene por interpuesto el recurso, con la interrupción de los plazos procesales que prevén los arts. 42, 43 y 44 LOTC, pero el amparo queda pendiente de formalización. A partir de ese momento la secretaría de justicia competente tramitará la designación de abogado del turno de oficio de amparo.

El acuerdo del Tribunal Constitucional prevé, en estos casos, algunas particularidades vinculadas al tipo de recurso de amparo que se plantee. Así, el artículo 2 del acuerdo se refiere a los amparos del artículo 42 LOTC (contra actos sin valor de ley de los poderes legislativos), estableciendo que el anuncio del recurso de amparo debe producirse dentro del plazo de los 3 meses que prevé el precepto legal, que dicho anuncio deberá venir acompañado de la copia o testimonio de las decisiones o actos que pretendan impugnar, y que el interesado debe acreditar que ha solicitado ante el Colegio de Abogados de Madrid o ante el juez decano de su domicilio el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Una vez se designa, siquiera de modo provisional abogado y procurador (art. 15 LAJG), el interesado dispone de 20 días para formalizar la demanda de amparo, aunque este plazo puede quedar eventualmente suspendido si alguno de los interesados impugna la designación definitiva de abogado y procurador determinada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. En el caso de los amparos planteados contra actos de los poderes ejecutivo o judicial (arts. 43 y 44 LOTC) se estará a lo previsto para los supuestos en que el recurrente haya sido asistido en la instancia por procurador y letrado del turno de oficio que no está habilitado para asistir también en amparo (art. 4 y 7 del acuerdo), de modo que se tendrá por anunciado el recurso de

amparo siempre que se presente dentro del plazo previsto en los artículos 43 y 44 de la LOTC, y la secretaría de justicia del Tribunal iniciará los trámites para designar letrado del turno de oficio.

Por lo que hace al reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en estos supuestos, se actúa del mismo modo que en los casos en que los recurrentes que venían siendo asistidos por letrado y procurador de designación propia, o del turno de oficio pero a su cargo, incurren en situación de insuficiencia económica sobrevenida[39] en los términos de los previsto en el artículo 8 LAJG. Así, el recurrente debe solicitar ante el Colegio de Abogados de Madrid o ante el juez decano de su domicilio el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y esa solicitud, debidamente comunicada al Tribunal Constitucional junto con el escrito anunciando la intención del plantear el recurso de amparo, interrumpe el plazo de prescripción de la acción de amparo.[40]

Hasta aquí la regulación legal. Pero desde aquí apenas se pueden plantear algo más que hipótesis. Si bien formalmente está asegurada la asistencia jurídica a todos los recurrentes por

[39] Si la situación de insuficiencia económica sobreviniese con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, el recurrente o la persona a quien se haya tenido por comparecida en calidad de demandada o de coadyuvante deberá presentar ante el Tribunal la certificación acreditativa de haber solicitado ante el Colegio de Abogados de Madrid o ante el juez decano de su domicilio el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 9 del acuerdo).

[40] En último término conviene recordar que el art. 10 del acuerdo prevé que, en el caso en que solicite la asistencia jurídica gratuita una vez iniciado el procedimiento de amparo y esta sea desestimada, cabe recurso ante el TC en los términos de lo previsto en el art. 20 LAJG, concediéndose un plazo de tres días para formular alegaciones, y de otros tres para resolver la impugnación. Del mismo modo que cabe amparo contra las resoluciones judiciales desestimatorias de la impugnación a que se refiere el artículo 20 LAJG. En estos casos, el Tribunal, salvo que el escrito se hubiere presentado fuera del plazo legalmente establecido, requerirá, sin más, a los respectivos colegios la designación definitiva de abogado y procurador del turno de oficio. Y, si el recurso de amparo fuere inadmitido o desestimado, los profesionales que hayan asistido y representado al recurrente tendrán derecho a percibir de este los honorarios correspondientes a las actuaciones practicadas.

igual, no existen estudios que valoren la calidad o eficacia de esa asistencia jurídica. Las estadísticas contenidas en las memorias anuales del Tribunal Constitucional no nos ofrecen datos sobre la prosperabilidad de los recursos de amparo formulados por abogados del turno de oficio de amparo, ni siquiera sobre los porcentajes de admisibilidad de los mismos. Y ese sería un dato interesante y muy revelador sobre la calidad de esa asistencia jurídica que pretende garantizar la accesibilidad de todos, por igual, a la jurisdicción constitucional.

Mi hipótesis es que la calidad de la asistencia no es equivalente. En primer lugar porque el abogado del turno de amparo llega al expediente, al recurrente y al caso cuando ya ha finalizado la vía judicial previa, de modo que ya nada puede hacer si no se invocó en tiempo y forma el recurso de amparo, si debió interponerse incidente de nulidad y no se hizo, o si la estrategia de defensa del derecho fundamental invocado en amparo fue inadecuadamente desarrollada en el procedimiento de instancia. Es decir, en muchos de los amparos defendidos por abogados del turno que llegan para formular la demanda ante el Tribunal Constitucional, poco pueden hacer ya estos abogados para salvar el caso, incluso presuponiendo la calidad y buen hacer de su asistencia. La reconstrucción de la estrategia de litigación en materia de derechos fundamentales, en fase ya de amparo constitucional, muchas veces es inviable. Pero, además, estos abogados no acceden a los mejores asuntos, a los que plantean problemas constitucionales más relevantes. Y es que aunque el asunto haya sido llevado por un abogado del turno en instancia, si este abogado ve la viabilidad del amparo, y tiene clara la lesión del derecho y la trascendencia constitucional del asunto, lo más habitual es que renuncie a los honorarios para asistir también en esta fase a su cliente. Y, por supuesto, tampoco se puede negar que, en algunas ocasiones, se trata de abogados poco motivados o muy sobrecargados de trabajo, lo que dificulta su dedicación a asuntos que, como decíamos al principio, no son fáciles desde el punto de vista técnico, dado el alto grado de especialización y conocimiento de la jurisprudencia constitucional que requieren. Si a eso añadimos que el requisito de la justificación suficiente de la especial trascendencia constitucional exige un esfuerzo argumentativo notable, y una calidad técnica superior a la media, tenemos una combinación altamente

desalentadora. Insisto, se trata de una hipótesis, pero una hipótesis basada en la experiencia que debería poderse contrastar con datos y un análisis cualitativo más detallado.[41]

IV. Digitalización de la justicia constitucional: ampliación de acceso[42]

La digitalización de la justicia es una garantía de acceso a la jurisdicción que permite superar barreras físicas y de inversión de tiempo. Unas barreras que, como hemos visto en los primeros meses de extensión de la pandemia del COVID-19 pueden llegar a suponer dificultades insalvables para el normal desarrollo de, entre otros servicios públicos, la jurisdicción, en este caso en concreto la jurisdicción constitucional. Si bien la suspensión de plazos procesales para la presentación de recursos de todo tipo ha sido instaurada como garantía para los justiciables y la adecuada prestación, precisamente, de los servicios de asistencia letrada, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha podido seguir funcionando durante estos meses al existir un registro electrónico habilitado,[43] que no ha llegado a cerrarse en ningún momento, y

41 Formula un juicio de este tipo Pedro Tenorio, antiguo letrado del Tribunal Constitucional, en Sánchez Tenorio P., "¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?, *Revista de Derecho Político*, núm. 101, enero-abril de 2018, pp. 703-740. En su caso achaca buena parte de las inadmisiones de amparo a la defectuosa asistencia letrada, en términos genéricos y sin hacer distinciones entre la asistencia del turno de oficio y la de elección propia. Posiblemente que exista todavía un alto porcentaje de inadmisiones por falta de justificación o insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo se deba, efectivamente, a una defectuosa asistencia. Pero la duda que me asalta, y que creo que deberíamos ser capaces de responder, al menos desde el propio Tribunal Constitucional, es si ese porcentaje se vincula, además a la asistencia del turno o no lo hace. Y, en todo caso, creo que esas cifras son una llamada de atención al Tribunal que debería plantearse reforzar la formación a los abogados, a través de los colegios profesionales.

42 Véase n. 36. Este apartado también está tomado del informe allí citado, correspondiendo su autoría a la firmante de este capítulo.

43 El cometido del registro electrónico es "la recepción y remisión, por vía electrónica, de escritos y documentos, tanto jurisdiccionales como guber-

un sistema de digitalización de las demandas que ha permitido no interrumpir el examen de admisibilidad de los asuntos pendientes de estudio. El acceso, por tanto, ha sido garantizado gracias a la creación del registro electrónico a pesar de las medidas de confinamiento asociadas a la declaración del estado de alarma. Este salto no se ha producido como consecuencia de la situación descrita, pero tampoco se remonta mucho tiempo atrás, datando de finales de 2016.[44]

Un acceso sencillo, a través de la sede electrónica del Tribunal[45] facilita que cualquier persona pueda interponer una demanda de amparo o presentar su anuncio. En todo caso "[...] la presentación de escritos y documentos a través del Registro Electrónico tendrá carácter voluntario, quedando a salvo el derecho de los interesados a presentarlos alternativamente en la Oficina del Registro radicada en la sede del Tribunal o en las condiciones previstas para los recursos de amparo en el artículo 85.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [...]".[46] La obligación de utilizar el registro electrónico solo podrá afectar, en su caso, a los recurrentes o representantes de estos que sean personas jurídicas o colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos, tengan la disponibilidad de los medios tecnológicos precisos. Esa obligación deberá ser determinada, en

nativos, relacionados con el ámbito de competencias del Tribunal Constitucional" (art. 8 del acuerdo de 15 de septiembre de 2016).

44 Mediante el acuerdo de 15 de septiembre de 2016, del Pleno del Tribunal Constitucional, se creó el Registro Electrónico. El texto completo del acuerdo puede ser consultado en *http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/BOE-A-2016-11054.pdf*

45 En la dirección electrónica *www.tribunalconstitucional.es*

46 Art. 10 del acuerdo. El funcionamiento del registro electrónico permite presentar escritos y documentos todos los días del año, durante las veinticuatro horas del día, sin perjuicio de las interrupciones necesarias para el mantenimiento técnico u operativo (art. 12 del acuerdo), lo que facilita, sin duda alguna, la accesibilidad. Ahora bien, esta amplitud no evita que el registro se rija por un calendario de días inhábiles, que es el de Madrid. Por tanto, según el art. 12.2 del acuerdo "a los efectos del cómputo de plazos, la presentación en un día inhábil se entenderá efectuada a las cero horas y un segundo del primer día hábil siguiente".

los términos que se expondrán, por el secretario general del Tribunal Constitucional. Esta previsión está en sintonía con la finalidad de asegurar el acceso en condiciones de igualdad a toda la ciudadanía, formulando los ajustes razonables que sea pertinente abordar para facilitar dicho acceso a las personas en situación de especial vulnerabilidad.[47]

Esa misma idea de los ajustes razonables está en la base de la política de protección de datos del Tribunal Constitucional español que, en el acuerdo de Pleno Gubernativo de 23 de julio de 2015, se refiere a la protección de datos personales de los recurrentes, cuando regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales.[48] El acuerdo establece en su artículo 1 que el Tribunal Constitucional preservará de oficio, al redactar y publicar sus resoluciones, el anonimato de los menores y personas que requieran un especial deber de tutela, de las víctimas de delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios y de las personas que no estén constituidas en parte en el proceso constitucional. Es decir, el Tribunal identifica aquí situaciones de especial vulnerabilidad para proteger la identidad de las personas que sufren esas situaciones. En el resto de los supuestos, la regla general es la de la publicidad que podrá ser excepcionada de oficio, o a instancia de parte, si esta estima necesario que no se divulgue públicamente su identidad o situación personal. En estos casos, la solicitud de parte lleva a la necesidad de que el Tribunal motive si accede o no a la supresión de datos personales, en particular los datos que permitan identificarlas, como no identidad. Si se acepta la anonimización,

47 El acuerdo atribuye al Secretario General del Tribunal la facultad para desarrollar las normas de funcionamiento del registro (art. 14 del acuerdo), para prever, concretamente: a) Los trámites y actuaciones susceptibles de efectuarse a través del Registro Electrónico; b) Las personas jurídicas y colectivos de personas físicas que resulten obligados a la presentación de documentación a través del Registro Electrónico; c) Los sistemas de autenticación y firma electrónica admitidos para la presentación de los documentos; y d) Los formularios y modelos normalizados de escritos susceptibles de utilizarse a través del Registro Electrónico.

48 BOE núm. 178, de 27 de julio de 2015. Se puede consultar en la web del Tribunal Constitucional en *http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/BOE-A-2015-8372.pdf*

entonces en la publicación de las resoluciones del Tribunal Constitucional, se sustituirá la identidad de las personas interesada por las iniciales correspondientes y se omitirán los demás datos que permitan su identificación.

Como se recuerda en la STC 58/2018, de 4 de junio, ella misma relativa al "derecho al olvido" en las hemerotecas digitales, el Tribunal sostiene habitualmente, al aplicar lo dispuesto en el artículo 164 CE y concordantes relativo a la publicidad de las resoluciones de la jurisdicción constitucional, que la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad de las mismas se refiere a las resoluciones íntegras (STC 114/2006, de 5 de abril, FFJJ 6 y 7), y, por tanto, a la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo. Esta difusión íntegra "permite asegurar intereses de indudable relevancia constitucional, como son, ante todo, la constancia del imparcial ejercicio de la jurisdicción constitucional y el derecho de todos a ser informados de las circunstancias, también las personales, de los casos que por su trascendencia acceden, precisamente, a esta jurisdicción; y ello sin olvidar que, en no pocos supuestos, el conocimiento de tales circunstancias será necesario para la correcta intelección de la aplicación, en el caso, de la propia doctrina constitucional" (STC 114/2006, FJ 6). No obstante, esta regla general admite, como hemos visto excepciones, y las mismas son valoradas, de forma razonada, por el propio Tribunal en el marco del procedimiento de amparo, o de la cuestión de inconstitucionalidad en que se solicite la garantía del anonimato de las partes.

De entre las muchas herramientas que podrían aún desarrollarse para facilitar el acceso al recurso de amparo me gustaría destacar una que ya está prevista en el acuerdo, antes referenciado, de 15 de septiembre de 2016: los modelos o formularios. A mi juicio, facilitar un formulario tipo a los recurrentes, con un número de palabras, páginas o caracteres limitado, no solo es útil para agilizar el examen de admisibilidad del recurso de amparo, ocupación que sigue exigiendo una inversión de tiempo y medios personales bastante notable, sino que también podría facilitar a los abogados no expertos en la materia, e incluso a los del turno de oficio especializado, una guía útil, especialmente, para supe-

rar los óbices de admisibilidad o, dicho desde una perspectiva más adecuada, para cumplir adecuadamente con los requisitos de procedibilidad del recurso de amparo, en particular con la suficiente justificación de la especial trascendencia constitucional.[49]

V. Especial trascendencia sin rostro social: limitación de acceso a la jurisdicción

Si bien en el apartado 2.5 de este estudio se ha presentado el recurso de amparo como el procedimiento más abierto a la ciudadanía y, por tanto, la vía de acceso más directa al Tribunal Constitucional, lo cierto es que esta descripción queda sustancialmente mediatizada por la objetivación del recurso de amparo que deriva de la Ley Orgánica 6/2007, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Esta reforma impactó de forma directa en el acceso a la jurisdicción constitucional, en sentido restrictivo, al modificar las condiciones de admisibilidad del recurso de amparo. En ello coinciden tanto el Tribunal Constitucional, como la doctrina constitucional que ha escrito largo y tendido sobre la reforma,[50] como los operadores jurídicos que se

[49] A este respecto es importante recordar que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso es algo distinto a razonar sobre la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por el acto o la decisión impugnado, lo que dificulta sobremanera la redacción de este apartado de la demanda, y lleva a un elevadísimo número de inadmisiones a trámite de demandas de amparo en las que no se justifica, de forma suficiente, la especial trascendencia constitucional. Véanse, en este sentido, las SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3.

[50] Sería imposible traer la cita de todos los trabajos relativos a esta materia, de modo que me limitaré a citar los más recientes, que a su vez reproducen trabajos más antiguos, destacando de entre ellos los escritos por antiguos magistrados o letrados del Tribunal, porque me parece que pueden ofrecer una visión más precisa, si bien no necesariamente crítica. Así, puede acudirse, para profundizar en la materia, a los trabajos de: Matia Portilla, F.J y González Alonso, A., *op. cit.,* en particular, en esta obra el trabajo de Herminio Losada sobre el recurso de amparo; Padrós Reig, C., "La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional", *Revista de Administración pública,* núm. 209, mayo-agosto de 2019, pp. 307-347; Aragón Reyes, M., *Recurso de amparo 2020-2021. Memento,* Madrid, Lefebvre-El

han visto en la necesidad y en la obligación de aplicarla, especialmente los integrantes de la abogacía.

Como dice la exposición de motivos de la LO 6/2007, "[...] frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado [...]". Esta inversión del juicio se refleja en el artículo 50.1.b LOTC, que exige, como requisito de admisibilidad "[...] que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales [...]". Como empieza a resultar ya bastante conocido, el concepto jurídicamente indeterminado de la especial trascendencia constitucional se concreta y desarrolla en la STC 155/2009, que hace una lectura relativamente restrictiva de los supuestos que pueden estar dotados, en principio, de Especial Trascendencia Constitucional

derecho, 2019; Sánchez Tenorio, P., *op. cit*.; Pérez Tremps, P., "La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre morir de éxito o vivir en el fracaso", *Teoría y realidad constitucional,* núm. 41, 2018, pp. 253-270; González Beilfuss, M., "La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 22, 2018, pp. 250-279; Beladíez Rojo, M., "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 25, 2017; Iglesias Bárez, M., "El recurso de amparo constitucional en España: la difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales", *El Tribunal Constitucional español : una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución,* Madrid, Tébar Flores, 2017, p. 129-155; Pérez Tremps, P., *El recurso de amparo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

(ETC),[51] y que ha sido aplicada de modo aún más restrictivo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha venido a sumar a la necesidad de que se identifique en el recurso alguna causa de ETC de las indicadas en la STC 155/2009, la exigencia de que existan indicios verosímiles de que se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado. Si a lo anterior añadimos la crítica, casi unánime en la doctrina,[52] de la falta de transparencia a la hora de aplicar los criterios de especial trascendencia determinados jurisprudencialmente, obtenemos como resultado un sistema de admisión restrictivo y poco claro, incluso después de que se empezaran a especificar las causas de admisión a trámite en aplicación de lo solicitado en el párrafo 46 de la sentencia del TEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón vs. España*.

No obstante, es cierto que la finalidad de la reforma legislativa que objetivó el recurso de amparo, ha sido cumplida con creces. El objetivo de las modificaciones normativas de 2007 era, esencialmente, agilizar el procedimiento de amparo y aligerar la sobrecarga del Tribunal Constitucional y esto se ha conseguido. Las estadísticas de las memorias anuales[53] nos muestran un descenso de la pendencia desde 2009, una aceleración de los tiempos de respuesta y una mayor capacidad de resolución de los

[51] Recordemos que el FJ 2 de la sentencia establece que son causas de ETC: a) recursos que planteen un problema sobre el que no haya doctrina (STC 70/2009); b) recursos que den ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como es el caso; c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) cuando la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley lesiva del derecho fundamental y sea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental; f) cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional; y g) cuando el asunto trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales.

[52] Véase, por todos, el planteamiento de González Beilfuss, M., *op. cit*.

[53] Las estadísticas están disponibles en las memorias del Tribunal Constitucional, *https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx*

asuntos "de Pleno" (es decir del control de constitucionalidad y de los conflictos). Y no puede negarse que parte de la explicación radica en la mayor celeridad con que se han tratado los exámenes de admisibilidad, que han llevado a liberar tiempo de trabajo para dedicarlo a ir resolviendo los asuntos de Pleno que estaban pendientes. Pero existen factores que también explican esta situación y que no están directamente vinculados a la reforma del trámite de admisibilidad del recurso de amparo. De un lado, durante el periodo 2005-2009 se produjo un incremento significativo del número de recursos de amparo ingresados que subieron de los 7 000 de media en los años anteriores (analizando desde 2000) hasta los más de 11 000 de 2006. Pero ese incremento fue localizado y puntual,[54] porque a partir de 2010 volvió a recuperarse la media de los 7 000. Y si bien hay quien imputa el descenso a los efectos indirectos de la reforma, no hay estudio alguno que avale esta conclusión, ni tampoco existe análisis alguno que trate de explicar la tendencia del período de crecimiento de demandas. Podemos pensar que el incremento respondía a una tendencia que, de no haberse frenado con la reforma, habría llegado a ahogar al Tribunal. Pero, en realidad, desconocemos las causas de aquel incremento y no hacemos más que plasmar intuiciones, que debieran ser contrastadas en un estudio más profundo, cuando decimos que la reforma generó un efecto de desincentivo. Pero lo cierto es que en el mismo período cambió la legislación sobre tasas judiciales,[55] la regulación sobre la asistencia letrada de los extranjeros,[56] y el contexto socioeconómico, con lo que

54 No solo fue localizado y puntual, sino que coincidió con el período en que el Tribunal entró a conocer del recurso contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, absorbiendo ese procedimiento un gran número de recursos humanos del Tribunal en un contexto de alta tensión política dentro y fuera de la institución. Habría, por tanto, que preguntarse si la reforma impulsada en ese contexto no vino condicionada, precisamente por el contexto.

55 La reforma de las tasas judiciales se produjo con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Sobre el impacto de esta reforma en la administración de justicia véase el *Boletín Información Estadística* núm. 34, junio de 2013, del Consejo General del Poder Judicial.

56 Véase en particular la modificación del art. 22 (sobre asistencia jurídica gratuita) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y li-

el descenso del número de asuntos llegados al Tribunal puede responder a una suma de causas. De hecho, lo más razonable es pensar que responde a una suma de causas.

Ahora bien, este objetivo cumplido, ha llevado aparejado, con el descenso del número de admisiones a trámite de recursos de amparo, una restricción consecuente del acceso a la jurisdicción constitucional por parte de los ciudadanos a través del recurso de amparo, que era la vía preferente de acceso. El endurecimiento manifiesto del trámite de admisión del recurso de amparo, podría haber significado, al menos desde el terreno de las hipótesis, un efecto reflejo de aumento de peticiones a los órganos judiciales para que elevasen cuestiones de inconstitucionalidad, siendo esta, como hemos apuntado antes, una vía de acceso indirecta a la jurisdicción constitucional. Pero no resulta sencillo contrastar empíricamente esta hipótesis. No existen datos publicados que permitan verificar si quienes sienten que sus derechos han sido menoscabados, y que el recurso de amparo ya no es una opción factible de encontrar reparación, inciden con más intensidad en la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en el seno del procedimiento de instancia. El dato que permitiría valorar esta hipótesis con toda certeza, vendría dado por el número de solicitudes de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad formulados en las demandas de instancia, que son respondidas por los órganos judiciales tanto descartándolas como asumiéndolas. Pero se trata de un dato estadístico inexistente y sumamente difícil de conseguir. Otra opción, menos precisa, pero que podría ofrecer cuando menos una aproximación cuantitativa interesante, exigiría cuantificar el número de trámites de audiencia para el planteamiento de cuestiones de incons-

bertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Este precepto, en su nueva redacción, exige la designación de abogado específicamente para la fase contencioso administrativa, sin que se considere válida la designación de letrado realizada para la vía administrativa previa. Esta modificación supone la inviabilidad de muchos recursos contencioso administrativos porque, materializada la devolución o la expulsión del extranjero, en muchas ocasiones se pierde el contacto con el mismo y, con ello, la posibilidad de nueva designación para continuar el procedimiento contencioso y, en última instancia, el recurso de amparo.

titucionalidad que se abren en la jurisdicción ordinaria, en los que participa el Ministerio Fiscal (art. 35.2 LOTC), y contrastar este dato con el número de cuestiones que, efectivamente, se elevan por parte de los órganos judiciales. Pero este dato tampoco está registrado ni es público, si bien parece más fácil de elaborar, cuando menos para la Fiscalía.

La siguiente duda que se plantea es, como la anterior, difícil de resolver. Ante la restricción generalizada de acceso al amparo, sería conveniente valorar si el impacto del adelgazamiento de la jurisdicción constitucional ha afectado indistintamente a toda la ciudadanía, o ha tenido un particular impacto, por ejemplo, en las personas que acceden al Tribunal con asistencia jurídica gratuita, o desde posiciones de especial vulnerabilidad. Es cierto que, durante estos 13 años el Tribunal ha seguido tratado cuestiones relativas a la vulnerabilidad, la igualdad y la inclusión social. En realidad, los temas de interés social y constitucional acceden a la jurisdicción constitucional por cualquiera de las vías expuestas. La cuestión, por tanto, no es esa, sino si la objetivación del amparo[57] ha derivado en un alejamiento del Tribunal de determinados perfiles sociales a los que antes atendía y que pueden haber percibido una pérdida de legitimidad de ejercicio del Tribunal. Un distanciamiento, aún mayor, de la élite de las togas.

Pero, como vemos, las certezas son pocas y las dudas abundantes. Y los análisis doctrinales no abordan esta perspectiva del problema que exige un análisis de datos de los que no se dispone, pero que sería necesario empezar a tratar. Buena parte de la doctrina, en cambio, aboga por ir más allá en la objetivación del recurso de amparo,[58] basándose en un análisis de la aplicación del criterio de la ETC que constata la incoherencia de la aplicación de la exigencia en muchos casos que no parecen encajar adecuadamente en las causas definidas en la STC 155/2009, y la sobrerrepresentación de asuntos relativos al artículo 24 de la CE,

[57] Sobre esa objetivación, véase ATC 29/2011, de 17 de marzo. Asimismo puede consultarse Aragón Reyes, M., "Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo", *Otrosí*, núm. 10, abril-junio de 2012, p. 8; Beladíez Rojo, M., *op. cit*.

[58] En este sentido resultan de interés los trabajos de González Beilfuss, M., *op. cit*., y Losada, H., en Matia Portilla, F. J. y González Alonso, A., *op. cit*.

una preminencia de la garantía de los derechos procesales que ya se producía antes de la reforma y que parece difícil de explicar en el nuevo modelo. Sin detenernos ahora en esta cuestión que, efectivamente, merecería también una reflexión pausada, lo cierto es que un refuerzo de la objetivación, sin una adecuación de otros elementos del sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, especialmente en sede constitucional, solo puede llevar a una mayor distanciación, y a una pérdida de posiciones del Tribunal Constitucional como institución garante de los derechos en el marco y contexto del sistema jurídico español.

VI. Una jurisdicción constitucional cuestionada y que debe cuestionarse su alejamiento de la ciudadanía

Durante la última década la imagen del Tribunal Constitucional español de cara a la opinión pública y también a la opinión académica se ha ido deteriorando progresivamente.

Pero un sistema constitucional no puede permitirse el lujo de que uno de los pilares fundamentales de ese sistema pierda su legitimidad sin responder ante ello, porque esa situación alimenta los discursos corrosivos contra el propio sistema. Podemos llamarlos discursos populistas o podemos llamarlos discursos antisistema. Y podemos denostarlos, seguramente sea legítimo hacerlo, pero sin negarles parte de la razón que subyace en los mismos. Identificar esa base razonable del discurso puede permitirnos identificar algunos fallos en el sistema de justicia constitucional para tratar de repararlos, reforzando la legitimidad del modelo para contra argumentar con mayor fuerza frente al discurso destructivo que no ofrece alternativas. A mi juicio, el argumento lógico del discurso crítico se organiza en torno a la ya clásica idea de la objeción contra mayoritaria, por lo que debe trabajarse en la reducción de esta objeción,[59] que viene a ser tanto como trabajar en el refuerzo de la legitimidad de la jurisdic-

[59] En este sentido, resulta de sumo interés el trabajo de Ferreres Comella, V., *Justicia Constitucional..., cit.*

ción constitucional, porque la dificultad contra mayoritaria tiene que ver con la ausencia de legitimidad.

En el caso del sistema español, se dan además algunas particularidades propias que también alimentan el discurso crítico, si bien no siempre resultan coherentes con la objeción contra mayoritaria.

Se critica el elitismo judicial y la posibilidad de que los magistrados corrijan la voluntad del legislador que, según estas posiciones críticas es la voluntad del pueblo, al tiempo que se cuestiona el sistema de nombramientos de los magistrados que conduce a reproducir mayorías parlamentarias en el seno del Colegio de Magistrados, con algunos sesgos como el centralismo[60] o la sobrerrepresentación de los dos grandes partidos clásicos del antiguo sistema bipartidista. Sin embargo ambas críticas no parecen compatibles entre sí: o el Tribunal debe ser una institución representativa de la pluralidad política o no debe serlo. Y si debe serlo podemos discutir sobre la adecuada modalidad de nombramiento, del mismo modo que si no debe serlo también habrá que revisar esas modalidades de nombramiento. Pero no parece coherente criticar el sesgo político del Tribunal porque ese sesgo es uno determinado, pero admitir que podría tener sesgo en otro sentido y entonces no sería criticable. Tampoco parece razonable —quizá sería mejor decir realista— pensar que un Tribunal Constitucional está ausente de sesgo político cuando resuelve la interpretación del texto constitucional que es, en esencia, un texto jurídico que traza y sintetiza las opciones políticas fundamentales de una comunidad nacional. La cuestión de los nombramientos de magistrados es, por tanto, uno de los temas sobre los que es preciso reflexionar desde el reconocimiento de que ningún modelo de nombramiento es neutral, sino que conlleva la asunción de uno u otro modelo de Tribunal Constitucional. Sin renunciar a la calidad técnica de los magistrados y a su experiencia profesional previa, que asegure un adecuado conocimiento del sistema jurídico en su conjunto y una especialización diversi-

60 A este respecto véase Bustos Gisbert, R., "La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, pp. 217-256.

ficada, puede buscarse un modelo de elección distinto del actual que permita superar algunas de las críticas existentes como los sesgos de procedencia geográfica, edad, género, o vínculos políticos directos.

Se critica la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controle las normas aprobadas en referéndum, directamente por la ciudadanía, al entender que la legitimidad democrática de este procedimiento de aprobación de disposiciones legales, supera cualquier legitimidad de ejercicio que pueda tener la jurisdicción constitucional.[61] Una parte del discurso independentista catalán se basa precisamente en la actuación del Tribunal Constitucional español al conocer el recurso de inconstitucionalidad número 8045-2006, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. La STC 31/2010, de 28 de junio apenas declaró inconstitucionales catorce preceptos, después de casi cuatro años de deliberaciones, y formuló la interpretación conforme de otros veintisiete, lo que cuantitativamente no parece demasiado teniendo en cuenta el alcance del recurso y la extensión del Estatuto. Pero fue suficiente para soportar un discurso de oposición radical frente a su autoridad que se ha venido reforzando con el paso de los años por el intenso protagonismo de la jurisdicción constitucional en la evolución del conflicto catalán.[62] Una par-

[61] Sobre esta cuestión profundiza el trabajo de López Rubio, D., *Justicia constitucional y referéndum. El control judicial de las normas aprobadas por los ciudadanos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

[62] Los comentarios doctrinales sobre la jurisprudencia constitucional en una década de conflicto independentista son numerosos. Pueden citarse aquí los trabajos de Bar Cendón, A., "El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial; una visión sistemática", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 37, 2016, pp. 187-220 o, en el mismo número el trabajo de Castellá Andreu, J. M., "Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán; respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 37, 2016, pp. 561-592; Roig i Molés, E., "Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc", *Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 54, 2017, pp. 24-61; y Bárcena, J. de M., "El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 113, mayo-agosto de 2018, pp. 136-166, *https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.05*

te de la crítica se afrontó con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la recuperación del procedimiento del control previo de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía materializada en la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre. Que proporcionar un contraargumento a la crítica a la intervención del Tribunal frente al Estatuto de catalán de 2006, era un objetivo del legislador se deduce claramente de la exposición de motivos de la ley orgánica, donde se dice literalmente

> [...] para evitar el cuestionamiento constitucional e institucional y vertebrar con rigor jurídico y cohesión social el Estado, se torna necesario y conveniente restablecer, adaptándolo a la actual configuración del Estado, el recurso previo de inconstitucionalidad, eso sí, sólo para los Proyectos de Estatutos de Autonomía y sus propuestas de reforma [...]. En definitiva, se hace necesario garantizar el, no siempre fácil, equilibrio entre la especial legitimidad que tienen los Estatutos de Autonomía como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, en cuya aprobación intervienen tanto las Comunidades Autónomas como el Estado y, en ocasiones, el cuerpo electoral mediante referéndum, y el respeto de dicho texto al marco constitucional, construido alrededor de la Constitución como norma fundamental del Estado y de nuestro ordenamiento jurídico [...].

Pero la cuestión no está definitivamente resuelta y quizá solo una nueva redacción del Estatuto, con un nuevo control y un nuevo referéndum, sean capaces de cerrar este ciclo.

Y se critica desde algunos operadores jurídicos, particularmente desde el sector de la abogacía, la reforma del 2007 en relación con la objetivación del recurso de amparo. Crítica también formulada por algunos teóricos aunque no siempre en sentido coincidente con el que manifiesta la abogacía. Si se analizan los datos estadísticos de los últimos años se puede verificar que el muy exiguo porcentaje de admisión a trámite de los recursos de amparo, que ha estado rondando el 1% durante mucho tiempo, muestra una tendencia al incremento en los últimos dos años. Si en 2017 se admitieron a trámite un 1.1% de los recursos de amparo tratados (no los ingresados, sino los efectivamente examinados en el trámite de admisibilidad), en el 2018 la cifra relativa se elevó hasta el 1.8% y en el 2019 hasta el 2.79%. Al mismo

tiempo el nivel de pendencia del resto de procesos ha descendido de forma notable. A finales de 2019 quedaban pendientes de sentencia 151 asuntos, 75 de ellos del Pleno, sabiendo que una parte de esos asuntos son también recursos de amparo abocados. Habrá que verificar si la tendencia se mantiene pero, de ser así, eso significaría que el Tribunal ha resuelto el problema de los tiempos de resolución y de la excesiva pendencia y que, simultáneamente, va flexibilizando el trámite de admisión de amparo. Eso vendría a significar, asimismo, que tal y como valoran algunos autores y buena parte de la abogacía, durante una década el Tribunal aplicó una interpretación ultra restrictiva de la reforma del 2007 de manera que cerrando la puerta al recurso de amparo pudo manejar mejor el flujo de trabajo para dedicarse al resto de procedimientos, liberando poco a poco la acumulación de asuntos. La cuestión es si esa aplicación reduccionista ha sido o no ha sido dañina para la legitimidad del Tribunal Constitucional como juez de los derechos y libertades y, como consecuencia, también como institución básica del sistema de garantías de la Constitución.

Desde luego, para los activistas de los derechos humanos, las organizaciones del tercer sector, los abogados y abogadas que trabajan en la defensa y promoción de los derechos, y la doctrina más crítica con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el último período, la pérdida de legitimidad es evidente. Prueba de ello es el incremento en el recurso a los comités de naciones unidas en este mismo período, al TEDH o al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre todo en materia de igualdad y de protección a los consumidores que, en muchos casos, se ha traducido en una protección más intensa de los intereses económicos de las personas particularmente afectadas por la crisis o en una garantía de derechos sociales, como el acceso igualitario a las pensiones, por ejemplo. Es cierto que ese incremento también ha podido deberse al refuerzo del sistema de protección multinivel de los derechos, o a la suscripción de los protocolos que articulan los sistemas de peticiones o quejas individuales del Sistema de Naciones Unidas. Obviamente no existe una sola razón que justifique la mayor litigiosidad internacional. Pero, del diálogo con los agentes sociales, incluso con los titulares de órganos de la jurisdicción ordinaria, se deduce rápidamente una preferencia por la

vía internacional, a veces percibida como más ágil, a veces como más fiable —no olvidemos las críticas a la falta de transparencia relativa al criterio de la especial trascendencia constitucional— y siempre como más garantista.

Cosa distinta es que las opiniones de este sector crítico hayan trascendido al sector de opinión afín a los populismos antisistema. Sobre ello tengo más dudas y creo que es necesario un estudio más profundo de los flujos de ideas en este sentido para formular una valoración certera. En principio parece contra intuitivo, pero no se puede descartar categóricamente.

En todo caso hay que plantear seriamente la recuperación de la legitimidad de ejercicio del Tribunal analizando las posibilidades de reforma del sistema de nombramientos de un lado, y a través de recuperación del Tribunal Constitucional como corte de los derechos y las libertades por otro lado. Y en relación con este último punto hemos visto, a lo largo de estas páginas, donde están los problemas:

1. El modelo de asistencia jurídica gratuita y del turno de oficio de amparo debería actualizarse para adecuarlo al nuevo modelo de acceso telemático al Tribunal Constitucional. Habría que plantearse por qué razón hoy sigue siendo necesario pasar por un abogado del turno de oficio de Madrid para plantear un recurso de amparo que ya puede presentarse a través del registro electrónico. En la actualidad todo el expediente se digitaliza, incluso las actuaciones cuando es necesario y esa documentación se puede facilitar a cualquier abogado, sin necesidad de que este se persone para consultarlo de forma presencial, de modo que no se justifica la centralización del servicio. De hecho para un abogado que llega al expediente de amparo, sin haber seguido el asunto en las instancias previas, quizá fuera mucho más ilustrativo poder acceder al recurrente de forma directa que al expediente, y para ello es mucho más razonable estar cerca de donde está ese recurrente que físicamente próximo a la sede del Tribunal Constitucional. Cuestión distinta es que fuera necesario descentralizar también la formación del turno de oficio de amparo, e impartirla en distintos Colegios de Abogados del territorio nacional. Pero, de nuevo, hoy existen fórmulas para asegurar la formación continua de abogados y abogadas, e incluso su especialización, a través de plataformas de aprendizaje

en línea. Entiendo que esta sería una fórmula interesante para "sacar" la jurisdicción constitucional de Madrid y acercarla a otros territorios del Estado. Para aproximarla y hacerla más accesible a más ciudadanos.

2. Si bien, como se ha expuesto en estas páginas, la invocación de un interés legítimo descarta la acción popular en el amparo, esta vinculación era congruente con el diseño del recurso de amparo como un instrumento procesal de protección de situaciones subjetivas. Pero si admitimos, como hace la mayoría de la doctrina, que el amparo se ha objetivado tras la reforma del 2007 y optamos por mantener esa dinámica de objetivación y reforzarla, como también defiende una parte de los autores, parece razonable replantearse la legitimación para interponer el amparo y valorar la posibilidad de introducir la acción popular en el recurso de amparo, como mecanismo para reforzar la garantía en abstracto de la Constitución. Si admitimos que se ha producido una mutación constitucional en este punto, a raíz de la reforma del trámite de admisibilidad del recurso de amparo, y hoy la función principal del recurso de amparo es servir como mecanismo de garantía abstracta de la interpretación constitucional, deja de tener sentido la exclusión de la acción popular como mecanismo de acceso a la jurisdicción constitucional de amparo.

3. Frente a la opción por una objetivación mayor del recurso de amparo con una apertura de la legitimación, también se encuentra la alternativa de dar un paso atrás en esa línea recuperando un recurso de amparo más abierto. Sin pasar por una nueva modificación de la Ley Orgánica, el propio Tribunal podría optar por una modificación es sus dinámicas de trabajo internas[63] que llevasen a la flexibilización del examen de admisibilidad, lo que parece estar sucediendo ya a juzgar por el incremento de admisiones en el último año. El problema es que esta opción vendría a incidir en las críticas vinculadas a la falta de transparencia y a la excesiva discrecionalidad del modelo de selección de asuntos, a las que ya nos hemos referido. Pero seguramente se trataría de una crítica más académica que procedente de los recurrentes, si estos vieran aumentar sus posibilidades de acceder al recurso de amparo.

[63] Estas son descritas con detalle en el trabajo de Losada, H., en Matia Portilla, F. J. y González Alonso, A., *op. cit*.

Como sostiene Ferrajoli "es evidente que los fundamentos de la legitimidad de las funciones judiciales —la verdad alcanzable en un procedimiento jurisdiccional o administrativo, la sujeción solamente a la ley, el papel mismo de garantía de los derechos fundamentales— son siempre relativos, imperfectos y aproximativos. Se trata, en realidad, de principios y de convenciones normativas. De modo que siempre están justificadas la duda y la crítica respecto a su grado de efectividad".[64] Efectivamente, la crítica siempre es posible y siempre es necesaria. Pero es aún más necesario sacar de la crítica, incluso de la más feroz y destructiva, elementos de perfeccionamiento del sistema, para evitar su desaparición por falta de legitimidad. La legitimidad, en el caso de la jurisdicción constitucional, está basada en la independencia y, al tiempo, en las funciones de garantía de los derechos y libertades y de la preservación del Estado de derecho. Y las garantías procesales en el desarrollo de la función jurisdiccional son esenciales. Por eso el acceso a la jurisdicción constitucional, como garantía procesal del ciudadano, está en el corazón de la idea de legitimidad de la jurisdicción constitucional.

Bibliografía

Allúe Buiza, A., *Legitimación de las Comunidades Autónomas en el recurso de inconstitucionalidad,* Valladolid, Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1992.

Aragón Reyes, M., *Recurso de amparo 2020-2021. Memento,* Madrid, Lefebvre-El derecho, 2019.

——, "Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo", *Otrosí*, núm. 10, abril-junio de 1992.

Bar Cendón, A., "El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial; una visión sistemática", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 37, 2016.

Bárcena, J. de M., "El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 113, mayo-agosto de 2018.

[64] Ferrajoli, L., *op. cit.,* p. 178.

Beladíez Rojo, M., "El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional", *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 25, 2017.

Bonet, J., Gahdoun, P-Y., "La recevabilité de la QPC", *La question prioritaire de constitutionalité,* París, Presses Universitaires de France, 2014.

Bustos Gisbert, R., "La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018.

Castellá Andreu, J. M., "Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán; respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 37, 2016.

Díaz Crego, M., "Defensor del Pueblo y Justicia Constitucional: entre la declaración de intenciones y el exceso competencial", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010.

Ferrajoli, L., "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* 2010.

Ferreres Comella, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

——, "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", *Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Jurisdicción Constitucional y Democracia,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2011.

García Martínez, A., "El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, diciembre de 2009.

Gómez Fernández, I., "Derecho a la justicia y vulnerabilidad en la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo: confluencias", en Santolaya Machetti, P. y Wences, I. (coords.), *La América de los derechos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

González Beilfuss, M., "La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 22, 2018.

González Trevijano, P. J., "La legitimación en el recurso de amparo: los interesados legítimos", *Revista de Derecho Público*, núm. 98, 1985.

Iglesias Bárez, M., "El recurso de amparo constitucional en España: la difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales", *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución,* Madrid, Tébar Flores, 2017.

Levitsky, S. y Ziblatt, D., *Cómo mueren las democracias,* Barcelona, Ariel, 2018.

López Rubio, D., *Justicia constitucional y referéndum. El control judicial de las normas aprobadas por los ciudadanos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

Matia Protilla, F. J. y González Alonso, A. *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Mounk, Y., *El pueblo contra la democracia; por qué nuestra libertad está en peligro y como salvarla,* Barcelona, Paidós, 2018.

Nino, C. S., *Juicio al mal absoluto, ¿hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

Padrós Reig, C., "La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional", *Revista de Administración pública,* núm. 209, mayo-agosto de 2019.

Pérez Tremps, P., "La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre morir de éxito o vivir en el fracaso", *Teoría y realidad constitucional,* núm. 41, 2018.

——, *El recurso de amparo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
——, "El acceso al recurso de amparo", *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba,* Dykinson, Madrid, 2007, vol. II.

Portilla, F. J. y González Alonso, A., *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos: criterios jurisprudenciales de los Tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Rekosh, E.; Buchko K. A. y Tervieza, V. (eds.), *Pursuing the public interest: a handbook for legal professionals and activists,* Nueva York, Columbia Law School, 2001.

Roig i Molés, E., "Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017.

Sánchez Morón, M., "La legitimación activa en los procesos constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, septiembre-diciembre de 1993.

Sánchez Tenorio, P., "Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, núm. 101, enero-abril de 2018.

Starck, C., "La legitimación de la Justicia Constitucional y el principio democrático", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* núm. 7, 2003.

Torres Muro, I., "Legitimación en los procesos constitucionales e intereses colectivos", en Carbonell Porras, E. y Cabrera Mercado, R., *Intereses colectivos y legitimación activa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
——, "Problemas de legitimación en los procesos constitucionales", *Revista de Derecho Político de la Uned*, núms. 71-72, enero-agosto de 2008.

El acceso a la jurisdicción constitucional y la democracia pluralista

Tania Groppi

Sumario: I. *Input* y *output*. II. Definición y premisas. III. ¿Es posible hablar del "acceso" en perspectiva comparada? IV. El acceso "desde abajo" y el interés en recurrir.

I. *Input y output*

Si compartimos la opinión de que "el acceso es el filtro que dota de color a la jurisdicción constitucional" (Zagrebelsky), reflexionar sobre el acceso significa reflexionar sobre la jurisdicción constitucional en su conjunto. Más allá: como la jurisdicción constitucional es una "institución republicana", en el sentido de que está relacionada con la forma de Estado, como relación existente entre gobernantes y gobernados, el acceso es el elemento clave para posicionar la jurisdicción constitucional dentro de la forma de Estado.

Esto significa que tenemos que buscar vías de acceso en sintonía con la democracia constitucional y pluralista, es decir, que permitan valorar la supremacía de la constitución y limitar el riesgo de normas inconstitucionales y de vulneración de derechos.

El objetivo tiene que ser la efectividad de la jurisdicción constitucional, en el sentido de que la garantía ofrecida por la jurisdicción constitucional tiene que ser "efectiva", es decir, tie-

ne que minimizar la posibilidad de que elementos inconstitucionales ingresen, se difundan y permanezcan dentro del sistema jurídico.

Así, el acceso está relacionado con las decisiones, esto es, con la necesidad de que estas aseguren una tutela efectiva, eliminando en el modo más amplio y completo los elementos de inconstitucionalidad eventualmente introducidos. Esto nos llevará, en la conclusión de esta intervención, a evaluar, bajo esta perspectiva, los sistemas de acceso a la jurisdicción constitucional.

Antes de llegar a este punto, tenemos que poner algunas premisas, considerando que muchas veces la terminología y también los conceptos sobre este asunto son diferentes en América Latina y en Europa: tenemos que precisar la definición de "acceso" y reflexionar sobre el aporte del derecho comparado, antes de pasar a examinar la relación entre vías de acceso y democracia pluralista, incluyendo en la parte final algunas propuestas sobre todo relativas a la justicia constitucional en Italia.

II. Definición y premisas

Para iniciar, debemos acordar una definición de "acceso", en el sentido de recurso, iniciativa, acción, lo que se ha llamado "acceso externo" (Ruggeri). Por ende, no se considerará el "acceso interno", es decir la participación en el juicio (intervenciones, *amici curiae*), aunque sin duda se trata de variables que tienen una relación de proporcionalidad directa, pues podemos decir que: allí donde el acceso es más abierto, normalmente lo es también la participación en el proceso constitucional. Ejemplo de ello, es lo que está pasando en Italia en estos últimos años: donde el intento de ampliar el acceso va acompañado con la ampliación de la participación en el proceso constitucional.

Por otro lado, tenemos que considerar que hoy, sobre la base del derecho positivo, resulta imposible establecer una tipología de los modelos de justicia constitucional, tanto por la gran difusión de esta institución como por la complejidad de las experiencias. Las tipologías existentes (empezando por las más conocidas: concentrado/difuso; concreto/abstracto) *no sirven* para

describir la realidad, como lo han puesto de manifiesto Pegoraro y Tusseau.

Dentro de este escepticismo hacia el aporte del derecho comparado a partir de modelos, hay que considerar la relatividad histórica de las vías de acceso, cuya configuración depende de la tradición, de la cultura política, del contexto, de la forma de gobierno, etc. de un país. Además, hay que considerar que las vías de acceso pueden cambiar, ser objeto de reformas, como ha pasado en muchas experiencias. No debe sorprender el hecho de que varios autores en el tiempo hayan cambiado su opinión sobre el acceso, como le pasó en Italia a Cappelletti (quien pasó de ser favorable a ser contrario al recurso directo) y, a Pizzorusso y Elia (quienes después de ser inicialmente contrarios al recurso directo, pasaron a respaldarlo).

Hay que tener en cuenta que, como todo elemento de un sistema de justicia constitucional, hay que leerlo y evaluarlo dentro del marco de cada sistema. De esta manera y evocando a un país del que se habla mucho en Europa en estos días, la Constitución de Polonia es la que prevé en su artículo 191 el más largo elenco de sujetos legitimados a recurrir directamente al Tribunal Constitucional, pero esto no impidió la toma de control del Tribunal Constitucional por la mayoría parlamentaria iliberal, a través de las nominaciones.

III. ¿Es posible hablar del "acceso" en perspectiva comparada?

Las anteriores premisas nos llevan a una pregunta fatal: si no podemos confiar en las tipologías y tenemos que evaluar cada sistema en su historicidad: ¿es posible hablar del acceso en un marco comparado? Más aún, ¿es posible hacerlo, sobre todo, cuando queremos introducir algunas consideraciones generales, centradas en la forma de Estado, que puedan ser de interés tanto para Europa como para América Latina?

Las respuestas a esta pregunta son tanto no, como sí. Pasamos a explicarlo:

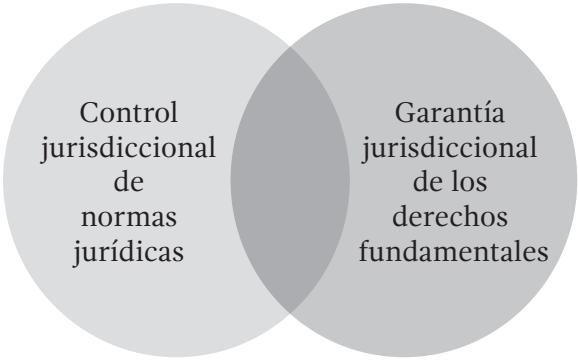
No, si consideramos las jurisdicciones constitucionales según las diferentes definiciones que de estas se dan, que se apoyan sobre elementos desiguales. Así, en América Latina, se incluye dentro de esta definición todo el conjunto de instrumentos para garantizar los derechos fundamentales, independientemente del órgano que asegura esta garantía; mientras que en Europa se hace referencia a las funciones designadas a unas instituciones específicas. Estas dos perspectivas han sido ilustradas muy bien por Rubio Llorente, en su clasificación de los sistemas de justicia constitucional distinguiendo entre aquellos centrados en la defensa de los derechos fundamentales, de aquellos otros centrados en la ley, esto es, en el control de las normas.

Por lo dicho anteriormente, reiteramos que tampoco esta tipología sirve para "describir" los sistemas de justicia constitucional. Pero sí nos puede ayudar en la búsqueda de un terreno común, una zona de comparación. Considero que esa búsqueda tiene que centrarse sobre el control de normas (incluyendo la defensa de los derechos fundamentales contra normas), porque este corresponde al origen mismo de la justicia constitucional en la transición del Estado liberal al Estado constitucional.

Así las cosas, la defensa de los derechos fundamentales contra actos diferentes de normas jurídicas, aunque estos derechos sean garantizados por la constitución y en algunos casos garantizados también por tribunales constitucionales (subrayamos el "también"), nos llevaría al tema de la protección de los derechos contra actos inválidos o comportamientos u omisiones ilegales, y que desde la postura que hemos acogido, no tendría que ser considerado dentro de la justicia constitucional. Además de los jueces ordinarios, dicha garantía, cada día más, recae dentro de la competencia de los Tribunales regionales (especialmente en Europa). No obviamos que tradicionalmente dicha función de garantía es considerada como elemento de la justicia constitucional porque se le entregó a los tribunales constitucionales en algunos países.

Al respecto, lo único que podemos hacer es analizar el área común, la parte donde los dos conjuntos se superponen, es decir, donde se superponen la garantía de los derechos frente a las leyes (o en su caso, otras normas jurídicas) con aquel otro conjunto

de la defensa de los derechos frente a otros actos (u omisiones) distintos a las normas jurídicas. Por esta razón la respuesta a la pregunta planteada es también: sí.



IV. El acceso "desde abajo" y el interés en recurrir

Cuando se considera el acceso al control jurisdiccional de normas, encontramos varias posibilidades: acceso directo/indirecto; acceso individual/por instituciones públicas, que pueden relacionarse de forma distinta con el carácter abstracto/concreto, *a priori/a posteriori*, concentrado/difuso del control de constitucionalidad.

La vía más fructuosa para reflexionar sobre este tema dentro del marco de la forma del Estado de democracia pluralista, en concordancia con lo dicho antes, es reflexionar desde la perspectiva que podemos llamar "desde abajo", es decir, desde la actitud de los sujetos del ordenamiento y, sobre todo, de los particulares, frente a la ley inconstitucional.

Muchos sistemas exigen que frente a la ley sospechosa de inconstitucionalidad, hay que proporcionar un acto aplicativo. De esta manera, hay que esperar que la ley se aplique o, si se pretende adelantar la tutela, la única posibilidad para activar el control de constitucionalidad es incumplir la norma: solamente incumpliendo se puede acceder al control de constitucionalidad.

Esto nos llevaría al tema de la desobediencia frente a la ley injusta, y quizá con ello al derecho de resistencia.

Pero en el Estado constitucional, como lo destacaron ya en los años cincuenta Piero Calamandrei y su joven discípulo, Mario Cappelletti, esta aunque parezca la normalidad, es una anomalía.

Sobre el particular, ya en 1950, Piero Calamandrei ha resaltado el carácter imperfecto y lagunoso de un sistema de justicia constitucional en el cual para llegar a obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley "se necesita tener el coraje de violarla", esto es, se necesita que el sujeto "desafíe el riesgo de las sanciones individuales que la violación de aquella ley comporta".

En la misma época, Mauro Cappelletti —en un texto que, no lo olvidemos, es subtitulado como: "el primer estudio del recurso constitucional (con particular referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco)" y es dedicado a la investigación de instrumentos innovadores que puedan brindar efectividad a los derechos de libertad— considera al sistema de justicia constitucional italiano "superado, aun antes de ser puesto en práctica", ello porque ante una violación de derechos derivados de una ley inconstitucional, se exige que se realice un proceso que en muchos casos asumirá el carácter de una *fictio litis,* que "será por demás instaurado solo después del ejercicio peligroso (y discutido) del derecho de resistencia", por lo que propugna por la necesidad de una vía de acceso que —para seguir retomando las palabras de Cappelletti— permita la transformación del "derecho de rebelión en el derecho de acción" materializando aquello de la "Constitución al alcance del pueblo".

Esto nos conduce a dos temas:

1. La necesidad de prevenir las vulneraciones de los derechos en el procedimiento legislativo, por vía del control *a priori*.
2. Y ya una vez las normas están aprobadas y vigentes, facilitar el acceso, anticipando lo más posible la tutela, trabajando sobre el tema del interés al recurso.

No vamos a abordar el tema del control *a priori*, nos detenemos únicamente en la perspectiva de la garantía *a posteriori*.

Como es conocido, junto con Francia, Rumanía y Bulgaria, el sistema italiano es el único en Europa que, para garantizar los derechos frente a una ley, solamente prevé el acceso incidental, por vía de una cuestión de constitucionalidad remitida por un juez.

Quizás, son estas "puertas estrechas" y la consecuente necesidad de buscar remedios más eficaces, lo que está influenciando demasiado mi actitud hacia el tema que nos interesa aquí hoy.

Para superar estos límites, especialmente frente a leyes autoaplicativas, la Corte Constitucional italiana, en dos decisiones sobre leyes electorales, ha admitido cuestiones planteadas en juicios donde algunos electores solamente pedían un reconocimiento de sus derechos, utilizando para esta finalidad una acción declarativa, la "azione di accertamento" (decisiones 1/2014; 35/2017). En esta última la ley electoral tampoco había sido aplicada: desde aquí, una configuración aún más abstracta del recurso.

En este punto, resulta pertinente llamar la atención sobre el tema del interés. Como lo destaca Pegoraro, pero sin desarrollarlo, el interés, así como los actos impugnables, es el origen de la más grande variedad de soluciones en los diferentes sistemas.

Así, se podrían posicionar los sistemas de justicia constitucional, independientemente de otros elementos (difuso/concentrado; directos/indirectos), según una escala que va desde la ausencia de un interés directo hacia el máximo del interés que se exige para el acceso, como cuando se necesita una lesión actual y efectiva de un derecho.

Podemos encontrar por lo menos tres niveles: *1)* la *actio popularis*, que no necesita un interés; *2)* recurso individual contra leyes que *puedan* vulnerar derechos sin necesidad de una previa vulneración, donde se necesita un interés simple (*preenforcement* en sistemas difusos; acción declarativa en la que se plantee la cuestión en sistemas concentrados; recurso directo sin previa lesión en sistemas concentrados), y *3)* recurso individual en el que se necesita una lesión de un derecho (lo que pasa normalmente en sistemas difusos; en sistemas concentrados con cuestión incidental de constitucionalidad que necesita de un acto de aplicación de la norma; en recursos directos que requieren una lesión actual de un derecho).

Esta clasificación no coincide totalmente con la clasificación de sistemas abstractos/sistemas concretos (la de Pizzorusso). O, en su caso, necesita la introducción de una tercera categoría, aquella de los sistemas abstractos-concretos (Fromont).

Una vez aclarado que no hay modelos que se puedan generalizar y que hay que considerar el acceso desde la perspectiva sistémica e histórica, merecen ser considerados atentamente los sistemas donde se necesita un simple interés (o, si queremos llamarlos así, abstractos-concretos), independientemente de los demás rasgos (concentrados o difusos; con acceso directo o indirecto).

Resultaría interesante, como proyecto de investigación, intentar explorar el tema del interés en sistemas tan ricos y variados como los de América Latina.

Se puede considerar que los sistemas que admiten recursos individuales cuando una ley "amenaza concretamente vulnerar un derecho" pueden ayudar para conciliar las exigencias del Estado constitucional (ampliar el acceso sin limitaciones) con las exigencias prácticas (evitar sobrecargas o cuestiones puramente políticas), evitando los riesgos que conlleva el "romanticismo jurídico" de la *actio popularis*.

Es decir, tomar en consideración un recurso individual dirigido a la impugnación de normas jurídicas, ya sea abstracto (como en el modelo belga), como abstracto-concreto (como en el modelo alemán y también en el italiano, en su desarrollo jurisprudencial, a través de la acción declarativa —"azione di accertamento"—), que se tenga como finalidad superar la contraposición —ya en su tiempo definida como "artificiosa y peligrosa" (Spadaro)— entre el interés subjetivo a la acción y el interés objetivo por la integridad constitucional.

El acceso a la justicia constitucional en Costa Rica

*Haideer Miranda Bonilla**

Sumario: I. Introducción. II. El acceso en el control de constitucionalidad de las normas. III. El acceso en los procesos de garantía de los derechos fundamentales. IV. Conclusiones.

I. Introducción

En la historia constitucional de Costa Rica, recientemente se conmemoraron dos fechas de gran importancia: el 70 aniversario de la promulgación de la Constitución Política (1949)[1] y el 30 aniversario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia[2] (Sala Constitucional), es decir, el órgano jurisdiccional encargado de hacer respetar el texto constitucional y garantizar su fuerza normativa.

Al respecto, el artículo 10 de la Constitución Política determina:

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. Profesor Asociado de Derecho Constitucional y Coordinador de la Maestría de Derecho Comunitario y Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial.

1 Promulgada el 7 de noviembre de 1949.

2 Entró en funciones en septiembre de 1989.

> Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Tanto la Constitución Política de Costa Rica como la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, han atribuido a la Sala Constitucional las siguientes competencias: *a)* el control de constitucionalidad, que puede ser ejercido de previo a la entrada en vigor de la norma jurídica a través de las consultas legislativas, o *a posteriori*, mediante las acciones de inconstitucionalidad y las consultas judiciales que puede plantear cualquier juez; *b)* los procesos de garantía de los derechos fundamentales, dentro de los cuales destaca el proceso de *habeas corpus* para la protección de la integridad y libertad personales, así como el recurso de amparo para la defensa de los demás derechos de carácter fundamental previstos en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, y *c)* resolver los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, que pueden ser positivos o negativos, según los cuales los órganos que se disputan la respectiva competencia deseen o no hacer ejercicio de ella.

II. El acceso en el control de constitucionalidad de las normas

El control de constitucionalidad de las normas en el modelo de justicia constitucional costarricense puede ser realizado *a priori*, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa a través de las consultas legislativas de constitucionalidad, y *a posteriori* por medio de la acción de constitucionalidad.

2.1. Las consultas legislativas de constitucionalidad

Este proceso constitucional se encuentra regulado en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), el cual determina:

> Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros. b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados. c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional. ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

Al respecto existen dos tipos de consultas, las cuales tienen la finalidad de prevenir que se incorporen al ordenamiento jurídico leyes u instrumentos normativos que presenten vicios de constitucionalidad. La primera de ellas es denominada la consultiva legislativa "preceptiva" y su presentación es obligatoria para el Directorio de la Asamblea Legislativa, cuando se trata de proyectos de reformas parciales a la Constitución, reformas a la LJC, así como aquellos proyectos tendentes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. De conformidad con el artículo 97 LJC, el órgano legitimado para presentarla es el Directorio de la Asamblea Legislativa, órgano colegiado conformado por un presidente, un vicepresidente, dos secretarios y dos prosecretarios que son electos anualmente por los diputados en la sesión solemne del primero de mayo. La consulta debe ser planteada de oficio y la omisión en plantearla produciría un vicio esencial del procedimiento que provocaría la nulidad absoluta de la ley.

El segundo tipo es la consulta legislativa "facultativa", la cual tiene que ser presentada por un mínimo de 10 diputados de los 57 que integran actualmente la Asamblea Legislativa una vez que

el proyecto de ley fue aprobado en primer debate y antes de su votación en segundo debate. En este tipo de consultas los diputados pueden solicitar a la Sala Constitucional su opinión respecto de un determinado proyecto legislativo a efecto de corroborar que no infrinja el derecho de la Constitución. La sentencia de la Sala Constitucional es vinculante únicamente en relación con los vicios formales, es decir, en el trámite o procedimiento legislativo; en relación con los vicios materiales la decisión no lo es. En este tipo de consultas tienen además una legitimación directa para plantearlas la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República cuando consideren que un determinado proyecto de ley exceda el ámbito de sus competencias constitucionales. Por último, el defensor de los habitantes podrá plantear una consulta preceptiva cuando considere que un proyecto de ley vulnere un derecho fundamental reconocido en la Constitución o en un instrumento internacional de derechos humanos.

2.2. La acción de inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad procede contra las leyes y disposiciones generales que lesionen el derecho de la Constitución, o cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite esencial indicado en la Constitución o establecido en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. Al respecto, el artículo 73 de la LJC determina:

> Cabrá la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo. c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento. d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7,

párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional. e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia. f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

En la presentación de una acción de inconstitucionalidad tiene que existir un asunto pendiente de resolver en la vía administrativo o judicial, pudiendo incluso ser un recurso de amparo o *habeas corpus*, en donde se alegue la inconstitucionalidad de una norma que tiene que ser aplicada en la resolución del caso, con lo cual tiene que existir una lesión individual y directa. Además, de conformidad con el artículo 78 de la LJC, el escrito de interposición debe ir firmado por un abogado. Por otra parte, existe una serie de personas, grupos de personas y órganos que bajo determinados presupuestos y condiciones se encuentran legitimados para presentar directamente una acción de inconstitucional. En este sentido, en la defensa de intereses difusos se puede acudir alegando la protección del ambiente, el derecho a la salud, el patrimonio cultural, los derechos del consumidor, el derecho a la paz, la hacienda pública y el buen manejo de recursos públicos, lo que ha determinado que existe una legitimación directa y por ende no es necesario un asunto base. En cuanto a los intereses colectivos se ha avalado que puedan acudir los colegios profesionales cuando alegan la defensa de un corporativo. Asimismo, tendrán una legitimación directa institucional el contralor general de la república, el procurador general de la república, el fiscal general de la república y el defensor de los habitantes.

2.3. La consulta judicial

Este procesos constitucional puede ser presentado solo por los jueces ordinarios, por una autoridad jurisdiccional en sentido es-

tricto y no por autoridades administrativas, para aclarar sus dudas de constitucionalidad y convencionalidad sobre una norma o acto que deban aplicar en la resolución de un caso que tengan juzgar. Al respecto, el artículo 102 de la LJC determina: "Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento". En relación con la naturaleza jurídica de este tipo de consulta, en la sentencia 1995-1185 se indicó: "No se trata de una legitimación pura que se otorga al juez, sino más bien se trata de incorporarlo al proceso de control de constitucionalidad, que entendemos como una necesidad de derecho público, pero de una manera compatible con el sistema total de justicia constitucional ofreciendo la posibilidad de que los jueces consulten al Tribunal Constitucional, cuando tengan duda verdadera y fundada sobre la constitucionalidad de la norma que deban aplicar al caso concreto, antes que debilitarlo, fortalece el papel de la jurisdicción común en la aplicación y concreción de los principios y normas constitucionales". Este tipo de consultas solo pueden ser presentadas por un juez, es decir, por una autoridad jurisdiccional en sentido estricto y no por autoridades administrativas.

III. El acceso en los procesos de garantía de los derechos fundamentales

En el modelo de justicia constitucional el acceso directo del individuo se garantiza en los procesos de garantía o tutela de los derechos fundamentales, en particular en los recursos de amparo y de *habeas corpus*.

3.1. El recurso de *habeas corpus*

El artículo 15 de la LJC determina:

> Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a

> esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio.

El recurso de *habeas corpus* garantiza la libertad e integridad de la persona humana, la protege de ser perturbada o de sufrir restricciones por actos y omisiones que cometan las autoridades públicas como detenciones e incomunicaciones ilegítimas, restricciones ilegítimas a las libertad de tránsito, a la libre permanencia, a la salida e ingreso al territorio nacional. La legitimación activa en este proceso es sumamente amplia —al igual que en el recurso de amparo—, pues puede ser interpuesto por cualquier persona, sin embargo, la Sala Constitucional ha determinado que quien lo interpone debe tener "cierto interés calificado en el asunto" (sentencia 2093-95). Además, es un recurso informal, pues para su interposición no es necesario el patrocinio legal o determinada formalidad.

3.2. El recurso de amparo

Es un recurso mediante el cual cualquier persona puede acudir ante la Sala Constitucional a fin de que se garanticen los derechos y libertades fundamentales, consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.[3] Al respecto, el artículo 48 de la Constitución Política determina: "Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter

[3] Los antecedentes históricos del recurso amparo se encuentran en la Ley número 1161, de 2 de junio de 1950, en la cual se establecía que este recurso era resuelto por el juez ordinario, es decir, se llevaba a cabo a través de un control difuso, sin embargo, en la praxis fue un instituto poco utilizado, pues se tenía que agotar la vía administrativa y presentar el recurso en el plazo de ocho días naturales, a partir del momento en que cesó la violación o amenaza.

fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República". Por su parte, el artículo 29 de la LJC indica que el recurso de amparo: "[...] procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos".

El amparo es competencia exclusiva de la Sala Constitucional y tiene como características principales ser un recurso sencillo, informal, autónomo, directo, sumario y subjetivo que procede contra las actuaciones, omisiones o amenazas de las autoridades administrativas e incluso contra sujetos de derecho privado, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa. En este sentido, la Sala Constitucional en reiterados pronunciamientos ha determinado:

> En general, la procedencia del recurso de amparo está condicionada no solo a que se acredite la existencia de una turbación —o amenaza de turbación— a uno o más de los derechos o garantías contemplados en la Carta Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el país; sino, además, a que se trate de una amenaza o quebranto directo y grosero, que por su carácter apremiante no permita esperar a que surtan efecto los remedios jurisdiccionales ordinarios. Esta última circunstancia pone de relieve el carácter eminentemente sumario del proceso de amparo, cuya tramitación no se aviene bien con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar —con carácter declarativo— si existen en realidad o no derechos de rango infra constitucional que las partes citen como parte del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso.[4]

[4] Véase, en este sentido, la sentencia 2004-3431. Ese precedente jurisprudencia ha sido utilizado en una gran cantidad de sentencias por la Sala Constitucional, entre las cuales se puede citar: 1998-8632, 1998-9188, 1999-8632, 2010-7000, 2012-12875, 2012-14976, 2013-666, 2003-1454, 2013-2235, 2013-9438, 2013-9459, 2013-12907, 2013-15101, 2013-15829, 2013-16817, 2014-16924, 2014-19915, 2014-20192, 2014-20240, 2014-20729.

Este recurso tiene una amplia legitimación, pues cualquier persona puede presentarlo, incluso a favor de un tercero, pero este deberá dar su consentimiento y ser titular del derecho fundamental lesionado, es decir, se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable. En este sentido, el recurso puede ser interpuesto, tanto por el agraviado directo en sus derechos fundamentales o por terceras personas, a favor de aquel cuando estimen que se ha producido tal infracción (sentencia 1993-1990). En esta temática no cabe la acción popular; sin embargo, sí se admite la tutela de intereses difusos, como la protección del ambiente, la salud, el patrimonio cultural, los derechos del consumidor, el derecho a la paz, la hacienda pública y el manejo de recursos públicos, así como la tutela de intereses corporativos. Asimismo, no es necesario el patrocinio legal, motivo por el cual se han tramitado y resuelto recursos presentados en una servilleta o en una hoja de papel. El escrito de interposición de un recurso de amparo debe respetar lo dispuesto en el artículo 38 de la LJC, el cual señala: "En el recurso de amparo se expresará, con la mayor claridad posible, el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre del servidor público o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y las pruebas de cargo".

Por otra parte, existen tres tipos de recursos de amparo, en particular: *a)* contra órganos o sujetos públicos; *b)* contra sujetos de derecho privado, y *c)* por rectificación o respuesta. De conformidad con el artículo 30 de la LJC, no procede el amparo contra: *a)* leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente contra actos de aplicación individual; *b)* resoluciones judiciales y actuaciones del poder judicial; *c)* actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar actuaciones judiciales; *d)* cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada, y *e)* actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

En la tramitación y resolución de los recursos de amparo y *habeas corpus* se resuelven en tiempos relativamente cortos y céleres, graves violaciones de derechos fundamentales. El recurso de amparo, a pesar de su agobiante número, es el mejor puen-

te que tiene el ciudadano para acercarse a la *"costituzione vivente"*. La importancia de la Sala Constitucional no solo radica en el dictado de sentencias de gran trascendencia a nivel nacional, de esas que hacen mella en todos los medios de comunicación, sino también y principalmente en la resolución de recursos de amparo y de *habeas corpus* donde está de por medio un ser humano, un administrado a quien se le han vulnerado arbitrariamente sus derechos. Ese niño con discapacidad que no ha tenido acceso a la educación que merece; ese adulto mayor a quien no se le brinda una atención médica pronta; esa persona gravemente enferma que no tiene acceso a sus medicamentos o una atención médica célere; ese ciudadano que debe soportar malos olores en su casa-habitación por el funcionamiento de un relleno sanitario; ese privado de libertad quien vive en condiciones de hacinamiento, y así muchos casos que hacen que merezca y valga la pena de existencia de esta "jurisdicción de la libertad".

El recurso de amparo es por excelencia el instrumento procesal para la defensa de los derechos fundamentales tutelados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues garantiza un acceso directo e informal a la justicia sin necesidad de patrocinio legal y de agotar la vía administrativa o judicial.

3.2.1. La tutela de grupos vulnerables

En la resolución de recursos de amparo, el juez constitucional ha tutelado grupos vulnerables como extranjeros, menores de edad, personas con alguna discapacidad, personas mayores, afrodescendientes, refugiados, etc. En el presente apéndice se analizará en particular la tutela que han recibido las personas mayores. En el cuadro normativo de la Constitución Política de 1948, encontramos un reconocimiento expreso a esta temática en el título IV, dedicado a los derechos y garantías individuales, específicamente en el artículo 51, el cual determina: "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido". Ese numeral ha sido dotado de un extraordinario contenido por la Sala Cons-

titucional, la que, como intérprete supremo de la Constitución, ha determinado una especial protección a las personas adultas mayores vinculado con el libre desarrollo de su personalidad y el rol del Estado Constitucional. Al respecto, en la sentencia 9676-2001 se indicó:

> [...] DE LA ESPECIAL PROTECCIÓN GENERADA A FAVOR DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD (ARTÍCULO 51 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA). El párrafo final del artículo 51 de la Constitución Política establece textualmente:
>
> "Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."
>
> En virtud de lo dispuesto en la norma transcrita, queda claro que la protección especial por parte del Estado para esos grupos de personas se constituye en un verdadero derecho fundamental, exigible en las correspondientes dependencias administrativas y tribunales de justicia. Es así, como a partir del concepto del Estado social de Derecho, es posible derivar obligaciones para las autoridades públicas, precisamente en aras a la búsqueda del mayor bienestar de "todos los habitantes del país", dentro de los cuales, el Derecho de la Constitución señala de manera especial a los niños, a las madres, al anciano y personas desvalidas. Es a partir del establecimiento de un de Estado Social, derivable de las disposiciones contenidas en los artículos 50 y siguientes de la Carta Fundamental, que se de manera inmediata se genera la obligada intervención estatal en materia social, en la que ha de obrar en determinado sentido y orientación: a favor de aquellos sectores especiales de la población que, por su condición, así lo requieren; y tal es el caso —sin duda alguna— de los ancianos, denominados como personas de la tercera edad, o personas adultas mayores. Hasta hace poco, no se contaba con una normativa tendente a garantizar en una forma más adecuada, la especial protección y tutela estatal que requiere el adulto mayor de nuestro país; sin embargo, recientemente, la Asamblea Legislativa promulgó la Ley Integral para la persona adulta mayor, número 7935, de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve", con la que se pretende a) Garantizar a las personas adultas mayores, igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos.
>
> b) Garantizar la participación activa de las personas adultas mayores en la formulación y aplicación de las políticas que las afecten.

c) Promover la permanencia de las personas adultas mayores en su núcleo familiar comunitario.

d) Propiciar formas de organización y participación de las personas adultas mayores, que le permitan al país aprovechar la experiencia y el conocimiento de esta población.

e) Impulsar la atención integral e interinstitucional de las personas adultas mayores por parte de las entidades públicas y privadas, y velar por el funcionamiento adecuado de los programas y servicios, destinados a esta población.

f) Garantizar la protección y la seguridad social de las personas adultas mayores.

En todo caso, no puede ni debe pretenderse que con esta normativa se por agotada la labor y garantizada la especial protección que este sector de la población requiere de parte del Estado, es apenas el marco jurídico a partir del cual le corresponde comenzar a actuar.[5]

Asimismo, en la sentencia 2007-13584 los jueces constitucionales determinaron:

[...] I.- SOBRE LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES. Nuestra Constitución Política, consagra una protección especial para las personas adultas mayores, la cual se desprende, expresamente, de lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política, que dispone lo siguiente:

"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido".

Por su parte, este Tribunal Constitucional ha indicado que, de conformidad con dicha norma, el Estado costarricense tiene un deber

[5] Ese precedente jurisprudencial ha sido utilizado en múltiples sentencias, entre las cuales se encuentran: 2006-15910, 2008-8981, 2008-13326, 2008-18162, 2009-2150, 2011-1053, 2011-4210, 2011-7515, 2011-7938, 2011-8981, 2011-9081, 2013-2837, 2013-10326, 2013-11816, 2014-3249, 2014-14384, 2015-2434, 2015-6160, 2015-13581, 2015-16121, 2015-16885. El texto integral de las sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia puede ser consultado en *http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_selectiva.aspx*

dual de, en primer término, crear un marco normativo adecuado con el fin de brindar una protección especial para esos grupos de personas, lo que constituye un verdadero derecho fundamental. En segundo término, le corresponde respetar y hacer respetar, a través de las correspondientes dependencias administrativas y tribunales de justicia, tales derechos. Asimismo, se ha concluido que, a partir de la consagración del Estado Social de Derecho derivable de las disposiciones contenidas en los artículos 50 y siguientes de la Carta Fundamental, es posible extraer obligaciones para las autoridades públicas, precisamente, en aras de la búsqueda del mayor bienestar de "todos los habitantes del país", dentro de los cuales, el Derecho de la Constitución señala de manera especial a los niños, a las madres, al anciano y a las personas desvalidas. Así, el Estado Social, consagrado en nuestra Constitución Política, desarrolla en su contenido normativo una relevante y obligada protección e intervención estatal en materia social a favor de aquellos sectores especialmente vulnerables de la población que, por su condición, así lo requieran; tal es el caso —sin duda alguna— de los ancianos, personas de la tercera edad o personas adultas mayores.[6]

[...] este Tribunal considera conveniente reiterar la importancia de la tutela de este sector de la población según lo dispone el párrafo final del artículo 51 de la Constitución Política cuando establece: "Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido". Es evidente de acuerdo a la norma transcrita, el deber dual que tiene el Estado costarricense a) Por un lado debe producir un marco normativo adecuado con el fin de brindar una protección especial para esos grupos de personas, lo cual constituye un verdadero derecho fundamental y b) Respetar y hacer respetar a través de las correspondientes dependencias administrativas y tribunales de justicia tales derechos. A partir del concepto del Estado Social de Derecho, es posible derivar obligaciones para las autoridades públicas, precisamente en aras de la búsqueda del mayor bienestar de "todos los habitantes del país", dentro de los cuales, el Derecho de la Constitución señala de manera especial a los niños, a las madres, al anciano y personas desvalidas. El Estado Social consagrado en nuestra Constitución Política, desarrolla en su contenido normativo una relevante y obligada intervención estatal en materia social a favor de aquellos sectores especiales de la pobla-

6 Ese criterio jurisprudencial ha sido citado en diferentes sentencias: 2008-18168, 2009-15666, 2010-10128, 2010-13331, 2014-5378, 2015-2392, 2015-4006, 2015-5240, 2015-8652, 2015-17466.

> ción que, por su condición, así lo requieran; tal es el caso —sin duda alguna— de los ancianos, o personas de la tercera edad, o personas adultas mayores.

En su dimensión individual, la jurisdicción constitucional ha tutelado el derecho de igualdad y no discriminación. En particular, resulta histórica la sentencia 2008-18162, en la que se acreditó un caso de discriminación en contra de una persona de 100 años de edad y en condición vulnerable, ante la negativa de un hogar de ancianos y de los entes que lo financian, de acogerlo en virtud de su nacionalidad. Además, se constata un vasta jurisprudencia en la que se han tutelado temáticas relacionadas con cuestiones de accesibilidad a infraestructura pública y privada por la ausencia o el mal de estado de aceras, carreteras, rampas de acceso en aceras, buses o vehículos de transporte público, así como falta de ascensores y servicios sanitarios en edificaciones tanto públicas como privadas, que cumplan con las condiciones de accesibilidad que determina en tal sentido la Ley de Igualdad para las Personas con Discapacidad.

La jurisprudencia ha brindado particular atención al acceso a servicios públicos como el agua potable y el transporte público. En relación con esto último, el acceso a los adultos mayores al trasporte público gratuito en la modalidad de bus se debe garantizar únicamente con la presentación del documento de identidad que indica la ley. Este derecho fue extendido incluso a los servicios de tren y ferri. Además, en las sentencias 2014-7030 y 2015-7740 se ordenó al Consejo de Transporte Público emitir la reglamentación correspondiente para regular lo dispuesto en el artículo 33, inciso b), de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, en particular, que se cuente con mecanismos efectivos de control de personas adultas mayores usuarias que garanticen su acceso al servicio transporte público en los términos establecidos en la ley.

Por otra parte, la sentencia 2015-10515 reconoció el acceso al crédito como una manera de promover la integración plena, activa y productiva de la población adulta mayor a la sociedad. En el caso en concreto se declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por una persona adulta mayor por la actuación de las autoridades la Caja Costarricense de Seguro Social de exigir

una póliza de vida de protección crediticia, como requisito fundamental para que le otorgara un crédito hipotecario.

La especial protección de los adultos mayores abarca la tutela de derechos sociales como el pago oportuno de prestaciones legales, el derecho a la salud, el derecho a una vivienda digna y la reubicación de aquellos que se encuentran en riesgo social. Vinculado al derecho a la salud, se ha reconocido una especial protección a fin de que se brinde en forma célere y diligente la atención médica que requiere la persona adulta mayor y que fue ordenada por el médico tratante, como por ejemplo, una cita o valoración médica, un determinado medicamento, la realización de una cirugía. Asimismo, se ha reconocido el deber de las autoridades del Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor —ente rector en la materia— de realizar las gestiones correspondientes para reubicar una persona adulta mayor en un hogar o centro de cuido, de conformidad con lo dispuesto en los 34 y 35 de la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor. Por otra parte, en la sentencia 2016-5286 se reconoció el nexo que existe entre dignidad humana de los adultos mayores, calidad de vida y vivienda digna y declaró como arbitrario el acto de desalojo emitido por las autoridades del Ministerio de Salud en contra de una persona adulta mayor, madre de dos hijos con retardo mental, pues si se ejecutaba quedarían en estado de indigencia.

3.2.2. La protección del derecho a la salud

En el texto de la Constitución Política de Costa Rica (1949) vigente no se encuentra tutelado expresamente el derecho a la salud, su protección ha sido reconocida por la Sala Constitucional vía interpretativa a través de lo dispuesto en el artículo 21 constitucional, el cual determina que "La vida humana es inviolable". En este sentido, la jurisdicción constitucional ha precisado que la salud es un derecho autónomo y con un contenido esencial propio, motivo por el cual se le caracteriza como un nuevo derecho.

Asimismo, en su vasta jurisprudencia ha determinado que los principios de eficiencia y eficacia y continuidad deben estar pre-

sentes en la prestación de los servicios públicos de salud, y que el criterio del médico tratante institucional prevalece, motivo por el cual si este ordena un determinado medicamento, la realización de una valoración médica o una cirugía, las autoridades de la seguridad social se encuentran en la obligación de brindar dicha atención. Además, en la resolución de recursos de amparo ha tutelado el derecho a la salud de grupos vulnerables como niños, personas mayores, personas privadas de libertad, personas con VIH, extranjeros.

La interposición de recursos de amparo en donde se alega la vulneración del derecho a la salud ante la Sala Constitucional ha crecido exponencialmente en los últimos años, lo que evidencia la judicialización de este derecho. En este sentido, en 2012 se presentaron un total de 1 745 recursos en donde se alegó la vulneración del derecho a la salud, lo que representó un 10.26% del total de recursos interpuestos ante la Sala Constitucional. En el 2018 se presentaron 6 932 recursos por violación al derecho a la salud, lo que representó un 33.78% del total de recursos presentados.

En 2019, la Sala Constitucional emitió un total de 25 818 resoluciones, la mayor cantidad en los 30 años de su historia; además, la cifra representa un incremento de un 18% con respecto a 2018. Las estadísticas indican que en 2019 ingresaron 24 088 asuntos a la Sala Constitucional, un 92% fueron recursos de amparo, y la salud fue el derecho vulnerado con mayor número de resoluciones, con un 46%.[7] Lo anterior evidencia una tendencia de judicialización del derecho a la salud presente en otros ordenamientos jurídicos en la región como en Argentina, Brasil y Colombia.

El 30 aniversario de la Sala Constitucional que recientemente se conmemoró presupone una cierta madurez del órgano de justicia constitucional que se evidencia con las más de 350 mil resoluciones emitidas a la fecha, en las cuales se puede individualizar una serie de temáticas de gran actualidad en el ámbito de

[7] Sala Constitucional de Costa Rica, *https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/component/content/article/72-comunicados/454-sala-constitucional-dicto-mas-de-25-mil-resoluciones-en-el-2019?Itemid=437*

los derechos humanos como la tutela de la libertad e integridad personal, el acceso a la información, la libertad de expresión, el derecho a la salud, la educación, el trabajo, el derecho al agua, los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de grupos vulnerables, a los cuales ha reconocido una especial protección como los adultos mayores, niñez, privados de libertad, grupos indígenas, los límites al poder constituyente, el control de convencionalidad, el diálogo judicial con otras jurisdicciones constitucionales y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el reconocimiento de una serie de nuevos derechos vía jurisprudencial que han extendido el catálogo de derechos reconocidos en nuestra Constitución.

IV. Conclusiones

El presente estudio fue realizado con ocasión de la mesa redonda denominada "El acceso a la justicia constitucional", coordinada por el profesor Pablo Pérez Tremps y en la que la tuve el honor de participar junto con las profesoras Tania Groppi e Itziar Gómez Fernández y el profesor Saulle Panizza. La actividad se llevó cabo en el marco de la IX edición del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos "Alessandro Pizzoruso", que se llevó a cabo del 13 al 30 de enero de 2020 y que anualmente organiza la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa bajo la coordinación del profesor Roberto Romboli y su extraordinario equipo.

En el modelo de justicia constitucional, la Sala Constitucional tiene las siguientes competencias en forma exclusiva: *a)* el control de constitucionalidad, que puede ser ejercido de previo a la entrada en vigor de la norma jurídica a través de las consultas legislativas, o *a posteriori*, mediante las acciones de inconstitucionalidad y las consultas judiciales que puede plantear cualquier juez; *b)* los procesos de garantía de los derechos fundamentales, dentro de los cuales destaca el proceso de *habeas corpus* para la protección de la integridad y libertad personales, así como el recurso de amparo para la defensa de los demás derechos de carácter fundamental previstos en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,

y *c)* resolver los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, que pueden ser positivos o negativos, según los cuales los órganos que se disputan la respectiva competencia deseen o no hacer ejercicio de ella. En cada una de esos procesos constitucionales las vías de acceso a la justicia constitucional son diferentes.

El control de constitucionalidad de las normas en el modelo de justicia constitucional costarricense puede ser realizado *a priori*, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa a través de las consultas legislativas de constitucionalidad, y *a posteriori* por medio de la acción de constitucionalidad. En relación con el control *a priori,* el acceso es muy limitado y únicamente lo tienen los diputados de la Asamblea Legislativa bajo determinados los supuestos que fueron analizados. En el control *a posteriori,* para presentar una acción de inconstitucionalidad debe existir un asunto pendiente de resolver en la vía administrativo o judicial, pudiendo incluso ser un recurso de amparo o *habeas corpus*, en donde se alegue la inconstitucionalidad de una norma que tiene que ser aplicada en la resolución del caso, con lo cual tiene que existir una lesión individual y directa, además se requiere patrocinio legal. Por otra parte, existe una serie de personas, grupos de personas y órganos que bajo determinados presupuestos y condiciones se encuentran legitimados para presentar directamente una acción de inconstitucional cuando aleguen la defensa de intereses difusos o colectivos.

En los procesos de garantía de los derechos fundamentales, dentro de los cuales destaca el proceso de *habeas corpus* y el recurso de amparo para la defensa de los demás derechos, es quizás donde se garantiza un acceso directo del individuo a la Sala Constitucional, pues no es necesario patrocinio legal, ni haber agotado vía administrativa o judicial. En este sentido, son recursos directos, sumarios, informales que tienen la finalidad de tutelar los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello ha permitido el acceso a la justicia constitucional de grupos vulnerables, tales como extranjeros, menores de edad, personas con alguna discapacidad, afrodescendientes, refugiados, personas en situación de calle, indígenas, personas privadas de libertad y personas mayores, res-

petando con ello las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La interposición de recursos de amparo en donde se alega la vulneración del derecho a la salud ha crecido exponencialmente en los últimos años, lo que evidencia la judicialización de este derecho. En este sentido, en 2012 se presentaron un total de 1 745 recursos, lo que representó un 10.26% del total de recursos interpuestos ante la Sala Constitucional. En 2019 se presentaron 11 876 recursos por violación al derecho a la salud, lo que representó un 46% del total de recursos presentados. Ello evidencia que un amplio acceso de la justicia constitucional fortalece la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales y la actuación de la Constitución.

Brevi considerazioni in tema di "accesso" alla giustizia costituzionale e di "apertura" della Corte costituzionale italiana attraverso, in particolare, la modifica delle proprie norme integrative nel 2020

Saulle Panizza

Sommario: I. L'accesso alla giustizia costituzionale per il controllo della legge e per la difesa dei diritti fondamentali. II. La presenza di meccanismi di accesso individuale diretto o indiretto. III. Il potere di autonormazione dei tribunali costituzionali, con particolare riferimento alla modifica delle norme integrative approvate dalla Corte costituzionale italiana nel gennaio 2020. IV. Al cospetto della Corte, tra "l'accesso" e "l´apertura". V. Il rilievo dell'accesso ai fini dell'individuazione del modello di Corte e di giustizia costituzionale. VI. Le maggiori aperture alla Corte costituzionale da valutare in un'ottica di sistema. Bibliografía.

I. L'accesso alla giustizia costituzionale per il controllo della legge e per la difesa dei diritti fondamentali

Il tema sul quale siamo invitati a confrontarci è quello dell'accesso alla giustizia costituzionale, che il coordinatore di questa tavola rotonda propone di suddividere in due profili: come articolare l'accesso al controllo della legge e come articolare l'accesso alla difesa dei diritti fondamentali.

Nello spirito proprio di questa occasione, non si ha alcuna pretesa di offrire una riflessione compiuta, quanto piuttosto di indicare alcuni elementi per una possibile discussione sul tema.[1] Com'è noto, i sistemi di giustizia costituzionale sono venuti evolvendo nel corso del tempo, spesso verso modelli c.d. misti, e questo assestamento ha manifestato la tendenza, da un lato, a un progressivo aumento delle competenze affidate agli organi della giustizia costituzionale, e, dall'altro, alla valorizzazione della loro capacità di offrire tutela ai diritti fondamentali degli individui, oltre quella già garantita, in via ordinaria dagli organi delle giurisdizioni presenti nel sistema.

Alla luce di ciò, occorre domandarsi quanto senso abbia, allo stato attuale, porsi il quesito se la giustizia costituzionale vada intesa come strumento di garanzia della Costituzione contro leggi illegittime o come strumento di difesa dei diritti fondamentali del cittadino. A meno di non convertire la domanda nell'interrogativo di quale sia l'obiettivo più rilevante demandato a ciascun sistema di giustizia costituzionale, e dunque dove si collochi il punto di equilibrio tra le molteplici funzioni e le varie esigenze cui l'istituto tende complessivamente a fornire risposta.

Il fatto che i diritti fondamentali siano generalmente inclusi nelle costituzioni (quanto meno a partire da quelle approvate nel corso del novecento) comporta, infatti, che la giustizia costituzionale svolga pressoché sempre e in maniera naturale entrambe queste macrofunzioni, di garanzia oggettiva dell'ordinamento e di garanzia soggettiva dei diritti fondamentali degli individui.

I casi che astrattamente si potrebbero dare, è vero, sono diversi: *1)* (mera) garanzia della Costituzione, della gerarchia delle fonti del diritto e dell'assetto dei poteri in essa delineato; *2)* (mera) difesa dei diritti e delle situazioni individuali previste e protette dal documento costituzionale, e *3)* garanzia dell'ordinamento e contemporanea difesa dei diritti.

Ma il primo è ben poco proponibile alla luce dello sviluppo dei testi costituzionali, della loro "inevitabile" tendenza alla inclusione dei diritti, del richiamo, sempre più spesso in essi con-

[1] Vedere più diffusamente, in argomento, Malfatti, E., Panizza, S. e Romboli, R., *Giustizia costituzionale*, sesta ed., Torino, 2018, cap. primo in particolare.

tenuto, ai testi sovranazionali e internazionali di tutela degli individui e dei loro diritti, in vario modo inglobati (mediante rinvii, adattamenti, ecc.) nel tessuto interno dei singoli ordinamenti. Il secondo caso si lascia intravedere non tanto nei singoli paesi, quanto, talora, nella dimensione internazionale, dove vi siano cataloghi di diritti senza una vera e propria Costituzione alle spalle (si pensi, esemplarmente, alla Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU) nel caso dell'esperienza europea, con il connesso ruolo della Corte di Strasburgo). La terza è dunque la situazione più normale e frequente all'interno degli ordinamenti statali, nella quale, però, a fare la differenza tra gli uni e gli altri, almeno su un piano di definizione degli assetti generali, è la circostanza di come siano svolte le due funzioni di garanzia dell'ordinamento e di tutela dei diritti. Se attraverso canali di accesso diversi (tipicamente, il controllo di costituzionalità per la garanzia ordinamentale, da un lato, una qualche forma di ricorso diretto a tutela dei diritti, dall'altro) o attraverso un canale unico, in genere basato sul controllo di costituzionalità, che però consenta un accesso indiretto del cittadino per far valere proprie situazioni di interesse.[2]

II. La presenza di meccanismi di accesso individuale diretto o indiretto

Laddove si danno vie di accesso diverse, la presenza di meccanismi riconducibili a una qualche forma di ricorso diretto, pur nella difficoltà di individuare, anche alla luce delle differenti origini storiche, istituti caratterizzati da una conformazione sempre univoca[3] pone vari problemi e presenta spesso inconvenienti. Tra essi, generalmente riconosciuti, il numero molto elevato di

[2] Per un esame complessivo della situazione a livello comparato, si veda il Report adottato dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa nel corso della sua 85esima sessione plenaria, nel 2010, dove si ricava anche come la Commissioni reputi un vantaggio, per il singolo sistema, la compresenza e la combinazione di meccanismi di accesso individuale diretti e indiretti, *https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=1010*

[3] Panizza, S., "Il ricorso diretto dei singoli", in Anzon A., Caretti P., Grassi S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale,* Torino, 2000, 81 e ss.

ricorsi, il sovraccarico di lavoro per il giudice costituzionale, la necessità di predisporre filtri o particolari soluzioni organizzative, la presenza, non di rado, di meccanismi di oggettivizzazione dell'istituto, la possibilità che esso contribuisca ad alimentare un atteggiamento di sfiducia verso i giudici ordinari, ecc. A seconda di come sia configurato, inoltre, tale ricorso può riguardare, o meno, atti legislativi e dunque intersecarsi in misura maggiore o minore con la garanzia del controllo di costituzionalità.[4]

D'altra parte, là dove non esiste un accesso individuale diretto, la funzione di tutela dei diritti individuali può certamente finire per essere svolta attraverso altri canali, ma non sempre con pari efficacia e immediatezza, oltre a registrarsi la circostanza che magari più facilmente permangano zone d'ombra, ambiti di tutela non completa, il rischio di maggior utilizzo di meccanismi in qualche modo artificiosi, come ad esempio il ricorso alla tecnica della *lis ficta*, ecc.

In termini generali, occorre poi diffidare, secondo quel che mostra la comparazione, circa il fatto che l'allargamento dell'accesso al Tribunale Costituzionale e della possibilità di più soggetti di promuoverne direttamente il controllo significhi di per sé un'estensione del potere e della forza dell'organo della giustizia costituzionale.[5] Così come non è detto che la riduzione delle strettoie talora esistenti per accedere al Tribunale Costituzionale passi necessariamente dall'allargamento dei soggetti legittimati, potendo invece venire in considerazione più utilmente aspetti legati alla natura degli atti sottoposti a controllo e alle condizioni per attivare il giudizio costituzionale o per partecipare ad esso.

In generale, poi, la possibilità di identificare modelli forti o deboli di Tribunale Costituzionale passa anche attraverso tanti altri criteri, quali la nomina dei giudici (si pensi alla circostanza che sia o meno preceduta da una discussione pubblica), il ruolo del presidente dell'organo, il potere di esternazione, la presenza dell'opinione dissenziente, la durata del mandato dei giudici e

[4] In generale, Tarchi, R. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2012.

[5] Costanzo, P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.

le garanzie previste per essi e per l'organo nel suo complesso, eccetera.

Non si deve, infine, dimenticare come la resa di un sistema di giustizia costituzionale sia in verità affidata a una pluralità di elementi, insieme tali da delineare la legittimazione complessiva dell'organo, all'interno dei quali un ruolo sempre più decisivo sembra rivestire il potere di autonormazione del Tribunale Costituzionale e dunque la possibilità di modulare, entro certi limiti, le forme del proprio funzionamento.[6] O, in ogni caso, la possibilità di definire, almeno in qualche misura, le regole del processo costituzionale, se non con apposite disposizioni, per lo meno attraverso le proprie pronunce e dunque per via giurisprudenziale.

Il tutto, com'è noto, all'interno di una cornice costantemente in evoluzione, in cui l'accresciuto ruolo delle corti internazionali (nella nostra area geografica, oltre alla Corte EDU, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea) determina conseguenze di rilievo, in primo luogo una moltiplicazione delle istanze di tutela dei diritti,[7] potendo anche produrre fenomeni di uniformizzazione della giustizia costituzionale, così come di ridimensionamento delle corti costituzionali dei singoli Stati.[8]

III. Il potere di autonormazione dei tribunali costituzionali, con particolare riferimento alla modifica delle norme integrative approvate dalla Corte costituzionale italiana nel gennaio 2020

I profili di complessità accennati, soprattutto quelli relativi all'importanza del potere di autonormazione dei tribunali costituzio-

6 Panizza, S., "A legitimação das Cortes. Entre modelos de justiça constitucional e critérios de composição, organização e funcionamento", in Romboli, R. e Labanca Corrêa de Araújo, M. (org.), *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, 2015, 61 e ss.

7 Malfatti, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, terza ed., Torino, 2018.

8 Caielli, M. e Palici di Suni, E., *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Milano, 2017, in particolare cap. VII; Romboli, R. eRuggeri, A. (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, 2019.

nali per definirne ruolo e collocazione nel sistema, chiamano in causa da vicino la recente vicenda della Corte costituzionale italiana.

Essa, infatti, con propria Delibera dell'8 gennaio 2020 (in *Gazzetta ufficiale n. 17* del 22 gennaio 2020), ha apportato una serie di modificazioni alle proprie norme integrative. Esse hanno riguardato, in dettaglio: la sostituzione dell'articolo 4 (interventi in giudizio); l'inserimento dell'articolo 4-*bis* (accesso degli intervenienti agli atti processuali); l'inserimento dell'articolo 4-*ter* (amici curiae); l'inserimento dell'articolo 14-*bis* (esperti); la sostituzione dell'articolo 16, 2° comma, in relazione al numero dei difensori delle parti; la sostituzione dell'articolo 23 (norme di procedura per i ricorsi); la sostituzione dell'articolo 24, 4° comma, in relazione ai conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato; la sostituzione dell'articolo 25, 4° comma, in relazione ai conflitti di attribuzione tra Stato e regioni e tra regioni. Il senso delle finalità perseguite, riconducibili a tre principalmente, è ricavabile da un comunicato stampa (dell'11 gennaio 2020) che ha accompagnato la modifica, intitolato "La Corte si apre all'ascolto della società civile".

In primo luogo, particolare risalto viene dato alla nuova previsione sugli "amici curiae", ai sensi della quale "qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio", in linea, si osserva, con la prassi di molte altre corti supreme e costituzionali.

Una seconda sottolineatura è riservata al nuovo articolo sugli "esperti", che prevede la possibilità per la Corte di convocare personalità di chiara fama qualora ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline, in camera di consiglio, alla presenza delle parti del giudizio.

Infine, nei giudizi in via incidentale potranno intervenire (oltre alle parti del giudizio *a quo* e al presidente del Consiglio o della Giunta regionale) anche altri soggetti, "sempre che siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato

a quel giudizio", e coloro che chiedono di intervenire potranno eventualmente essere autorizzati ad accedere agli atti del processo costituzionale anche prima dell'udienza.[9] Nelle settimane successive, a causa delle conseguenze dell'emergenza sanitaria, la Corte non ha potuto dare pieno seguito alle nuove norme, soprattutto a quelle dal carattere più innovativo, ma non ha mancato, ad esempio, di considerare ammissibili alcuni interventi, facendo una prima applicazione delle disposizioni modificate (ordinanze 37 e 111 del 2020: in entrambi i casi, alla dichiarazione di ammissibilità dell'intervento ha fatto seguito l'autorizzazione agli intervenienti a prendere visione e trarre copia degli atti del giudizio).

Anche prendendo spunto da queste vicende della Corte italiana, la riflessione iniziale su chi e come abbia accesso alla giustizia costituzionale, per attivare il controllo della legge o la tutela dei diritti, sembra doversi allargare verso dimensioni più ampie e di sistema.

Occorre, infatti, domandarsi chi stabilisca le regole dell'accesso. Con quale fonte e quale strumento questo possa avvenire. E, ancora, per dare ingresso a che cosa nel processo che si svolge davanti all'organo della giustizia costituzionale. In una certa misura, rispetto al chi abbia accesso finisce per assumere quasi maggior rilievo l'individuazione di chi determina chi potrà accedere alla giustizia costituzionale, come potrà farlo e per quale finalità, soprattutto allorché la fonte di tale legittimazione riposi in una disposizione di produzione dell'organo stesso della giustizia costituzionale. A maggior ragione se, come nel nostro caso, questo accade in un sistema che basa il proprio funzionamento, per espressa previsione normativa, principalmente sulla

[9] Per un commento di insieme, v. gli scritti di Grisolia, M. C., *Le modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale;* Conti, G. L., *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020;* Masciotta, C., *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, tutti in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 1/2020; nonché Iannuzzi, A., *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *www.osservatorioaic.it*, fasc. n. 2/2020.

questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo* in via incidentale, senza un accesso diretto del singolo, e con una apertura tradizionalmente piuttosto limitata alla partecipazione di terzi (diversi dalle parti) al processo che si svolge davanti alla Corte.[10]

Portato alle estreme conseguenze, il dubbio che sorge è se siamo di fronte, nella fattispecie dell'intervento della nostra Corte, anche per il potenziale effetto sul modello stesso di giustizia costituzionale, a una semplice "integrazione" (norme integrative) delle disposizioni di rango legislativo sulle competenze e sul funzionamento della Corte o a qualcosa in grado di mutarne più nel profondo il significato. È vero che non manca, tra i primi commentatori, chi legge l'intervento in una chiave meno dirompente,[11] o distingue all'interno dei contenuti (ora *recettizi* di orientamenti giurisprudenziali consolidati, ora *risolutivi* rispetto a problemi emersi nei giudizi di costituzionalità, ora *innovativi* rispetto al processo costituzionale fin qui visto a Palazzo della Consulta: così A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2020), ma vi era anche, a monte, chi ne auspicava l'adozione proprio per le potenzialità di sviluppo e di rilegittimazione della Corte[12] e, comunque, il segnale d'apertura che ne viene è piuttosto netto e certamente enfatizzato dalla stessa Corte.[13]

Inoltre, appare piuttosto ampio il "margine d'apprezzamento" che la Corte si riserva nella loro applicazione. Un fattore, quest'ultimo, che può rappresentare sia la chiave per una utilizzazione prudente (e ampiamente "accettata") delle nuove disposizioni sia l'elemento capace di catalizzare sulla Corte potenti critiche in ordine al loro uso.

---

10 Angiolini, V. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.

11 Dal Canto, F., "Il giudizio in via principale nella novella delle Norme integrative del gennaio 2020", *Consultaonline*, 2020, fasc. II.

12 Groppi, T., "Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia", *Consultaonline*, 2019, fasc. I.

13 Si veda, della presidente Marta Cartabia, la relazione sulla giustizia costituzionale nel 2019, sul sito dell'organo, *www.cortecostituzionale.it*

IV. Al cospetto della Corte, tra "l'accesso" e "l'apertura"

Indipendentemente dalla prassi che si svilupperà e dagli esiti che si produrranno, per cui occorrerà attendere, la vicenda suggerisce fin d'ora una qualche riflessione sul rapporto tra "accesso" alla Corte e "apertura" della Corte (prima delle recenti modifiche delle norme integrative, ravvisava una contraddizione tra l'apertura della Corte al di fuori del processo e la chiusura agli apporti esterni nel processo.[14] Per il rispettivo significato, conviene partire dal documento della Commissione di Venezia prima ricordato per identificare il concetto di *accesso*, e dalla relazione della presidente Cartabia sopra accennata per delimitare il senso in cui si ragiona di *apertura* della Corte italiana.

Parlando di accesso, la Commissione di Venezia (nel testo nella versione in spagnolo) ricorda che

> Es posible distinguir entre el acceso individual directo, en el cual a los individuos se les da la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de una norma determinada o actuar directamente y el acceso individual indirecto, en el que la constitucionalidad solo puede ser impugnada a través de los órganos del Estado. [...] En lo que respecta al acceso individual indirecto, varios órganos tienen derecho a impugnar la constitucionalidad de una norma. Entre ellos, los más comunes son los tribunales ordinarios a través de los procedimientos preliminares. [...] En lo que respecta al acceso individual directo, existen varios modelos en los países estudiados: la acción popular, en el que cualquiera tiene derecho a tomar medidas contra una norma después de su promulgación, incluso si no hay un interés personal; la sugerencia individual, en la que el solicitante sólo sugiere que el Tribunal Constitucional controle la constitucionalidad de una norma, dejando la decisión de hacerlo a discreción del tribunal; la cuasi acción popular, en la que el solicitante no tiene por qué ser directamente afectado, sino que tiene que desafiar la norma en el marco de un caso específico y, por último, el mecanismo de la queja individual directa, que existe en varias sub-formas. Entre estos mecanismos, la acción popular, crea el riesgo evidente de la sobrecarga de la Corte Constitucional.

[14] Sobrino, G. "Uscire dal Palazzo della Consulta: ma a che scopo? E in che modo? La 'rivoluzione comunicativa' della Corte nell'attuale fase della giustizia costituzionale", *Federalismi.it*, fasc. n. 15/2020.

L'esigenza di esaminarne in chiave problematica il rapporto con il concetto di apertura è imposta dalla stessa lettura che la Corte costituzionale italiana ha dato del senso dell'operazione da essa complessivamente tracciata. Nella riflessione della presidente,

> «Apertura» è stata la parola d'ordine a palazzo della Consulta. La Corte ha aperto le sue porte, oltre che per permettere al pubblico e ai giornalisti di assistere alle udienze pubbliche, anche per consentire la visita del Palazzo da parte dei cittadini. Ha posto molte energie per sviluppare una comunicazione capace di raggiungere non solo gli operatori del diritto e gli specialisti, ma anche il pubblico generale. Ha moltiplicato i comunicati stampa. Ha rinnovato il sito internet. Si è resa presente sui social. Ha ulteriormente sviluppato la comunicazione in lingua inglese, con una più assidua traduzione delle sentenze, dei comunicati stampa e dei principali documenti della giustizia costituzionale. Ha partecipato a numerosi incontri con altre Corti costituzionali e con le Corti europee. Ha organizzato seminari di studio. Ha ricevuto visite e delegazioni di altre Corti. Di più: la Corte non ha solo «aperto il palazzo», ma è uscita. È uscita per raggiungere i giovani nelle scuole d'Italia – come peraltro già accadeva da qualche anno, anche se in maniera meno strutturata; è uscita per incontrare la realtà delle carceri con visite di storica importanza, che sono tutte documentate analiticamente sul sito online della Corte e, con una selezione d'autore, anche dal docufilm Viaggio in Italia.

Ed è nel corso della stagione di apertura della Corte così descritta, continuano le parole della presidente, che

> [...] è stata portata a termine l'approvazione di alcune rilevanti modifiche strutturali del processo costituzionale [...] per favorire una più ampia partecipazione al processo costituzionale. [...] In questo tempo sospeso, c'è agio per lasciar decantare le tante novità degli ultimi anni e consolidare così la consapevolezza dell'importanza di una Corte "in relazione", pienamente inserita nella trama istituzionale repubblicana, aperta alla società civile, protagonista anche sulla scena europea e internazionale. [...] L'esperienza che ha caratterizzato gli anni più recenti dell'attività della Corte [...] ha radicato nei giudici e in molti protagonisti della giustizia costituzionale la persuasione che una Corte aperta sia foriera di una giustizia costituzionale più ricca. I benefici recati dall'esperienza della Corte

> "in uscita" sono entrati a far parte del patrimonio della giustizia costituzionale. Il «viaggio in Italia della Corte costituzionale» continuerà e troverà nel tempo nuove modalità di esprimersi secondo tutte le sue potenzialità.

Non sorprende che su questa idea di "apertura" la dottrina si sia immediatamente interrogata, alla ricerca di eventuali elementi di criticità, che in vero non sembrano mancare. Appare, in questo senso, ampiamente condivisibile la perplessità di fondo di chi, dopo aver sviscerato i possibili significati in cui i tribunali costituzionali hanno bisogno di aprirsi alla società civile e con quali strumenti,[15] prende atto dell'oggettività dei rischi che una simile operazione può comportare. Soprattutto con riguardo all'istituto dell'*amicus curiae*, e particolarmente se immaginato in funzione di ricerca di legittimazione o quale canale per trasformare il processo davanti alla Corte in una sede della partecipazione democratica.

Gli strumenti che la Corte si è data attraverso la modifica delle proprie norme integrative possono produrre effetti molto diversi, allargando la partecipazione (oltre le parti) ai processi in corso o consentendo l'ingresso alla Consulta di soggetti sprovvisti di un interesse che non sia quello, generico, di far valere una propria posizione (non di "parte processuale" ma di parte, nel significato di propria del soggetto), che non potrà non essere caratterizzata, nella pressoché totalità dei casi, da un punto di vista politico, ideologico, filosofico, religioso, ecc., e ragionevolmente anche partitico, alla luce di chi verosimilmente rientri nel novero de "le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità".

Non vi è, bensì, un nesso immediato o scontato tra accesso al giudizio costituzionale e partecipazione al processo,[16] ma sembra

---

15 Luciani, M., "L'incognita delle nuove norme integrative", *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2020, il quale analizza i possibili obiettivi nel farsi conoscere all'esterno, nell'aprirsi per conoscere, nel decidere trasparentemente, nel cercare legittimazione e nel creare un nuovo canale di partecipazione per i cittadini.

16 Come dimostra la stessa varietà di soluzioni che si ricava dalla comparazione: Groppi, T., *op. cit*.

chiaro che le modifiche approvate dalla Corte possano permettere un allargamento in molteplici direzioni.

Da un lato, esse consentiranno a più soggetti titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio, di intervenire nei giudizi e dunque parteciparvi. Dall'altro, permetteranno a più soggetti esterni al giudizio di presentare opinioni scritte, che la Corte si riserva di ammettere qualora offrano elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità, e che influiranno sull'esito del giudizio. Dall'altro ancora, si potrà dar modo a esperti di chiara fama di fornire informazioni attinenti a specifiche discipline (e conseguenti punti di vista), ove la Corte ritenga necessario acquisirle.

L'ampiezza di questo allargamento sembra poi correre in parallelo con l'ampiezza dei fini in astratto perseguibili. Allargare la partecipazione al processo, acquisire informazioni, raccogliere la posizione di soggetti portatori di interessi. Con tutto il carico problematico che verrà non solo dalle scelte (positive) che la Corte al riguardo farà, e dalla loro giustificazione, ma pure dalle occasioni in cui, ancorché sollecitata, vi si sottrarrà.

Anche chi più aveva auspicato in dottrina (e poi condiviso) tali innovazioni non poteva fare a meno di domandarsi in quali direzioni si sarebbero orientati gli strumenti che la Corte avrebbe ipoteticamente introdotto (ancora Groppi: "Si pensa all'intervento come strumento per rivitalizzare il giudizio incidentale, che rischia di avvizzirsi, stretto com'è tra interpretazione conforme dei giudici comuni e corti sovranazionali? Come strumento per consentire di dispiegare pienamente il contraddittorio nel giudizio principale, che sempre più spesso diventa un giudizio sui diritti? Si vuole implementare il carattere deliberativo del processo decisionale? Si vogliono includere più argomenti nella decisione, ovvero sviluppare una "more holistic decision"? Si vuole ovviare all'assenza del ricorso individuale diretto? Si vuole trasmettere l'immagine di una corte accessibile, trasparente, vicina ai bisogni della gente? Si vogliono acquisire informazioni senza utilizzare i poteri istruttori? Si intende riequilibrare la posizione "maggioritaria" introdotta dal governo, dando voce alle minoranze?").

V. Il rilievo dell'accesso ai fini dell'individuazione del modello di Corte e di giustizia costituzionale

Come non da ora si osserva, il tema dell'accesso al Tribunale Costituzionale è, in misura assai significativa, il tema del modello stesso di giustizia costituzionale accolto in un dato ordinamento.

Non a caso, uno dei massimi esperti del nostro paese, quando si è aperto a considerare l''eventualità di introdurre un tipo di ricorso diretto che rendesse possibile provocare un intervento immediato della Corte, non ha potuto fare a meno di ricordare come "il giudizio in via incidentale, così come è stato applicato in Italia, abbia svolto una preziosa opera di educazione costituzionale dei magistrati, degli avvocati e, indirettamente, degli stessi cittadini, proprio per il legame assai stretto che esso determina fra le questioni di costituzionalità e le questioni che si dibattono nei processi ordinari".[17] Arrivando ad ammetterne astrattamente l''introduzione, pur con cautela, "per risolvere questioni di costituzionalità che presentino particolare gravità". Ciò da cui sembrano potersi evidenziare due profili da non trascurare: da un lato, il meditato bilanciamento tra vantaggi e svantaggi della potenziale innovazione; dall'altrodall''altro, la caratterizzazione in senso prevalentemente oggettivo che avrebbe potuto o, forse, dovuto contraddistinguere l'istituto.

Ancor più in profondità, nella riflessione di Pizzorusso il collegamento tra accesso e modello di giustizia costituzionale, su cui il ricorso diretto inciderebbe (così come i modi della partecipazione al processo che certe aperture produrrebbero), si riflette sulla stessa natura dell'attività della Corte, a partire dalla contrapposizione di fondo tra attività giurisdizionale e attività politica.[18] Questo perché il rapporto di pregiudizialità fra giudi-

[17] Pizzorusso, A., "Introduzione", in Romboli, R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, IX ss.

[18] Romboli, R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017.

zio costituzionale e giudizio *a quo*, tradotto nella "rilevanza" della questione di legittimità costituzionale, ha contribuito in maniera determinante a favore della configurazione dell'attività della nostra Corte come attività giurisdizionale anziché politica, con tutte le conseguenze del caso.

In una fase della vita della Corte in cui non mancano certo i segnali verso un nuovo "accentramento" e una maggior politicizzazione del controllo, le attenzioni sul punto non possono diminuire.[19]

L'idea di un rafforzamento dell'anima politica e di una interlocuzione secondo canali nuovi con il legislatore è tornata, assai recentemente, con riguardo ad esempio alla questione della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa. Un comunicato del 9 giugno 2020 segnala che

> [...] la Corte ha rilevato che la soluzione delle questioni richiede una complessa operazione di bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona, diritti entrambi di importanza centrale nell'ordinamento costituzionale. Una rimodulazione di questo bilanciamento, ormai urgente alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, spetta in primo luogo al legislatore. Poiché sono attualmente pendenti in Parlamento vari progetti di legge in materia, la Corte, nel rispetto della leale collaborazione istituzionale, ha deciso di rinviare la trattazione delle questioni all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, per consentire alle Camere di intervenire con una nuova disciplina della materia. In attesa della futura decisione

[19] Romboli, R., "Dalla 'diffusione' all' 'accentramento': una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale", *Foro it.*, 2018, I, 2226; Id., *La Corte costituzionale decide con sentenza il "caso Cappato" e supera l'ostacolo insormontabile approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire*, *id.*, 2020, I, 839; i pericoli derivanti dalle modifiche approvate alle Norme integrative, anche nel quadro di una vistosa oscillazione del pendolo verso l'anima politica del controllo sulle leggi cui si assiste in anni recenti, sono evidenziati da Barbareschi, S., "La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri", *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2020; anche per Vuolo, A., "Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative", *Federalismi.it*, fasc. n. 16/2020, "è bene che le porte di palazzo della Consulta possano aprirsi, non spalancarsi".

della Corte, restano sospesi i procedimenti penali nell'ambito dei quali sono state sollevate le questioni di legittimità discusse oggi.

Al di là della nuova occasione di uso di questa tecnica —già sperimentata, in vero senza gran successo, con il c.d. caso Cappato (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)— e degli effetti che la Corte auspica possa produrre nella questione all'esame, dovrebbe avvertirsi in maniera chiara il pericolo, per l'organo della giustizia costituzionale, di avvicinarsi anche per questa strada a territori che meno le appartengono (come osserva, in generale, M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., per il quale "leggere il processo come una sede della partecipazione democratica ne distorcerebbe la logica, piegandone il funzionamento alle esigenze del confronto pluralistico e distogliendolo dal suo compito esclusivo: applicare la "legge". [...] La tentazione della necessaria supplenza del potere giudiziario di fronte a un legislatore neghittoso e incapace ha già fatto molti danni nella giurisdizione comune e occorre evitare che ne faccia altri nella giurisdizione costituzionale").

Rischi accresciuti allorché verso quei territori il giudice costituzionale si incammini, come nel caso delle nuove disposizioni sull'*amicus curiae*, di propria volontà. Ben diverso, infatti, quasi inutile dirlo, sarebbe stato il caso di un intervento normativo dall'esterno, ad opera del legislatore, sui caratteri del processo costituzionale e sul suo grado di apertura.

VI. Le maggiori aperture alla Corte costituzionale da valutare in un'ottica di sistema

In un contesto, anche quale offerto dalla comparazione, in cui si assiste con frequenza a un naturale adattamento degli istituti, in particolare della giustizia costituzionale, fenomeno dai contorni addirittura marcati per ciò che riguarda l'accesso al Tribunale Costituzionale e, dove presente, il ricorso diretto (spesso oscillante fra dimensione oggettiva e dimensione soggettiva), la valutazione sul modello e sull'ingresso delle questioni all'organo della giustizia costituzionale, così come dell'apertura del proces-

so e della Corte, impone una particolare prudenza e una attenzione al dato di sistema dell'ordinamento. Dove il ricorso alla Corte quale istanza di tutela dei diritti individuali è uno dei tasselli di un quadro composito. Da questo punto di vista, non si può non considerare il funzionamento degli altri organi della giurisdizione nel nostro paese.

Limitando lo sguardo all'ultimo grado di giudizio, quello presso la Corte di cassazione,[20] si ricava, per il settore civile, che a fine 2019 risultano pendenti 117.033 ricorsi (erano 96.233 a fine 2009 e solo nel passaggio dal 2018 al 2019 sono aumentati di oltre il 5%). Anche al massimo livello di sforzo di riduzione dell'arretrato (33.048 ricorsi definiti o eliminati nel 2019), occorrerebbero circa tre anni e mezzo (senza sopravvenienze) per azzerarlo.

Per il settore penale i dati sono un po' più confortanti, con soli 23.579 ricorsi pendenti a fine 2019 e con un indice di ricambio del 102% (sempre superiore al 100% negli ultimi quattro anni). Ma il dato fotografa lo sforzo degli ultimi dieci anni, e di varie riforme intervenute, semplicemente per ricondurci nei pressi del numero di ricorsi che erano pendenti a fine 2009 (quando erano circa 25.000, cresciuti fino a 35.000 a fine 2015, per poi ridiscendere).

Oltre 24.000 sono i ricorsi pendenti davanti al Consiglio di Stato a fine 2019,[21] nonostante l'anno appena trascorso abbia segnato un record di produttività, con oltre 12.000 ricorsi definiti.

Se volgiamo lo sguardo fuori dai confini, rispetto ai 59.800 casi pendenti presso la Corte di Strasburgo a fine 2019 (in aumento del 6% rispetto a un anno prima), il "contributo" del nostro paese risulta il quinto per importanza, con oltre tremila casi (dietro a Russia, Turchia, Ucraina e Romania), più della somma dei 29 paesi con meno casi pendenti (tra cui Austria, Regno Unito, Spagna, Germania, Portogallo, Belgio e molti altri).[22]

Tornando alla nostra Corte costituzionale, non può più di tanto sorprendere che l'apertura voluta dall'organo, anche attra-

20 *www.cortedicassazione.it*

21 *https://www.giustizia-amministrativa.it/statistiche*

22 *https://www.echr.coe.int/, Annual Report 2019.*

verso le ricordate modifiche delle norme integrative, abbia dunque trovato un immediato riscontro. Lo riconosce la stessa presidente Cartabia nella relazione sull'attività della Corte nel 2019, già ricordata, allorché osserva che "numerose ed immediate sono state le richieste di partecipazione di vari esponenti della società civile, prima ancora che i termini dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni lo consentissero" e che solo il momento di stasi e di chiusura imposto dal frangente drammatico nella storia del paese e dell'umanità ha imposto "di attendere un tempo più propizio per sfruttare appieno le potenzialità introdotte dalle nuove norme integrative".

Può anche darsi che questa "apertura" della Corte contribuisca a definire un nuovo punto di equilibrio nell'accesso —in senso lato— alla giustizia costituzionale nel nostro paese, che per taluni potrà rappresentare un avanzamento.[23] Ma anche alcuni di quanti hanno osservato con favore le novità ne suggeriscono un abile dosaggio, al fine di scongiurare le conseguenze negative che in altri ordinamenti si sono prodotte.[24]

In attesa degli sviluppi, un fatto risulta chiaro fin da ora, e cioè che è stata la Corte a volere il cambiamento, a introdurlo e definirlo così come ha ritenuto opportuno, con gli strumenti nella sua disponibilità. Ad essa, dunque, si guarderà per stabilire su chi ricadranno gli onori o le critiche per la resa che si determinerà nel sistema.

Bibliografía

Angiolini, V. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.

Barbareschi, S., "La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri", *Rivista AIC*, n. 2/2020.

[23] Lecis, A. M., "La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale", *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020.

[24] Sperti, A., "Corte costituzionale e opinione pubblica", *Diritto e società*, 2019, 4, 735.

Caielli, M. e Palici di Suni, E., *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Milano, 2017.

Costanzo, P., (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.

Dal Canto, F.,"Il giudizio in via principale nella novella delle Norme integrative del gennaio 2020", *Consultaonline*, 2020.

Groppi, T., "Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia", *Consultaonline*, 2019.

Lecis, A. M., "La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale", *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020.

Luciani, M., "L'incognita delle nuove norme integrative", *Rivista AIC*, n. 2/2020.

Malfatti, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea,* terza ed., Torino, 2018.

——; Panizza, S. e Romboli, R., *Giustizia costituzionale*, sesta ed., Torino, 2018.

Panizza, S., "A legitimação das Cortes. Entre modelos de justiça constitucional e critérios de composição, organização e funcionamento", in Romboli, R. e Labanca Corrêa de Araújo, M. (org.), *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, 2015.

——, "Il ricorso diretto dei singoli", in Anzon A., Caretti P., Grassi S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale,* Torino, 2000.

Pizzorusso, A., "Introduzione", in Romboli, R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006.

Romboli, R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017.

——, "Dalla 'diffusione' all 'accentramento': una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale", *Foro it.*, 2018.

—— e Ruggeri, A. (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, 2019.

Sobrino, G. "Uscire dal Palazzo della Consulta: ma a che scopo? E in che modo? La 'rivoluzione comunicativa' della Corte nell'attuale fase della giustizia costituzionale", *Federalismi.it,* n. 15/2020.

Sperti, A., "Corte costituzionale e opinione pubblica", *Diritto e società*, 2019, 4.

Tarchi, R., (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2012.

Vuolo, A., "Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative", *Federalismi.it*, n. 16/2020.

II

La tutela dei diritti fondamentali di fronte alle omissioni del legislatore. Il ruolo dei Giudici costituzionali e quello dei giudici comuni



La protección de los derechos fundamentales frente a las omisiones del legislador. El rol de los Jueces constitucionales y de los jueces ordinarios

Las omisiones del legislador y los derechos fundamentales

Roberto Romboli

Sumario: I. Introducción. II. El derecho político y el derecho jurisprudencial. III. Las relaciones entre derecho político y derecho jurisprudencial y las problemáticas conexas.

I. Introducción

El objeto de esta mesa redonda se refiere a la cuestión de las omisiones del legislador y de las herramientas que pueden utilizarse para garantizar los derechos fundamentales frente a las consecuencias negativas de la inacción legislativa.

En mi introducción realizaré algunas breves consideraciones sobre la relación entre los dos protagonistas: el autor de la omisión, que es el legislador, y aquellos a quienes se dirigen para encontrar un remedio, que son los jueces.

Hablar de la relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales no puede conducir a una solución que parece fácil e inmediata, en aplicación del principio clásico de la separación de poderes: el primer aspecto (identificación) es competencia del legislador, mientras que el segundo (protección) es competencia del juez, siendo la protección de los derechos la razón de la existencia de este último.

La solución no es en realidad tan simple, porque las dos diferentes formas de producción del derecho (derecho político y derecho jurisprudencial) están inevitablemente, estrechamente entrelazadas.

En el Estado liberal, las fuentes del derecho se reducen sustancialmente a la sola ley y clara es la primacía de la decisión política sobre la jurisdicción, expresada por jueces-funcionarios, que aplican de forma mecánica la ley, y no se reconoce ningún margen de apreciación en la interpretación de la ley (en este sentido fue creado el *référé législatif*).

Los jueces son solo "*bouche de la loi*", según la famosa definición de Montesquieu.

La situación experimenta un cambio profundo con las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aprobadas en respuesta a las experiencias de los regímenes totalitarios y nazi-fascistas, que dejan caer la ilusión de una ley, siempre y sin dudas justa, solo por ser expresión de la soberanía popular, por lo que es claro que una mayoría parlamentaria puede aprobar, siguiendo las reglas de procedimiento y el tipo de mayorías requeridas, leyes manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales de la persona humana (se puede pensar, por ejemplo, en las leyes raciales).

De ahí la necesidad de preservar ciertos principios y ciertos derechos fundamentales de las opciones de la mayoría, estableciéndolos en un acto solemne, como la Constitución, y reconociendo a la misma una fuerza jurídica superior a la de la ley.

Para esto nacieron las constituciones rígidas y, en consecuencia, la necesidad de un juez y de un procedimiento para asegurar esta superioridad que dará lugar a los diferentes modelos de justicia constitucional.

En Europa, como consecuencia de la desconfianza hacia la autoridad judicial antes mencionada, la mayoría de los países se orientará hacia un sistema centralizado y, por lo tanto, por el establecimiento de un nuevo y peculiar juez, identificado en una Corte Constitucional o un Tribunal Constitucional (TC).

El impacto de la aprobación y entrada en vigor de una Constitución rígida en la relación entre derecho político y derecho

jurisprudencial es evidente de inmediato, especialmente con respecto a la actividad interpretativa del juez.

Esto se deriva de la conciencia de que la Constitución no es solo un programa político dirigido al legislador, sino que tiene la naturaleza de fuente del derecho que también se dirige a los jueces que pueden aplicar la misma directamente.

La presencia en la Constitución de principios, más que de reglas, inevitablemente implica una extensión del poder interpretativo de los jueces (p. ej., en particular, en presencia de los derechos sociales) y luego del papel y del impacto del derecho jurisprudencial.

La realización de la justicia constitucional determina la ruptura de la frontera tradicional entre la legislación y la jurisdicción, ya que otorga a los jueces una función incluso creativa del derecho, dentro de los límites que veremos.

Alessandro Pizzorusso escribió a este respecto un importante ensayo que tiene este título: "Una invención que ha cambiado la manera de concebir el derecho: la justicia constitucional"

De todos modos, la conversión del Estado liberal en Estado constitucional social de hoy, determinó un cambio profundo con respecto a la relación entre el legislador y el juez en el sentido de un claro y notable crecimiento del papel del juez como creator de derecho.

Podríamos preguntarnos si tal cambio debe considerarse como un elemento patológico o fisiológico, en comparación con la evolución de la forma del Estado.

En el primer sentido (patología) son los autores que identifican las razones de la evolución de la relación ahora mencionada en la crisis de representación de los órganos políticos y en el consiguiente nuevo papel del juez como reemplazo del legislador y en un protagonismo excesivo de los jueces y casi en la creación de un imperialismo judicial.

En el segundo sentido (fisiología), que yo comparto, otros autores identifican las razones más profundas en la realización progresiva del Estado constitucional social.

La valorización del derecho jurisprudencial se deriva también de las relaciones que se instauran, con cada vez mayor importancia, entre los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, en particular en Europa el ordenamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento de la Unión Europea.

El tema de la relación entre el legislador y el juez en la identificación y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto, por tanto, más compleja, dada la existencia, en el ámbito de los derechos fundamentales, de una pluralidad de legisladores y luego de cartas, de diferente nivel (el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Constitución, los Estatutos regionales), cuyo control corresponde a una pluralidad de jueces, cada uno con la tarea específica de la protección de los derechos reconocidos en cada Carta (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, jueces ordinarios).

Por lo tanto, relación entre el legislador y el juez significa relación entre diferentes legisladores y diferentes jueces, a menudo entrelazados.

II. El derecho político y el derecho jurisprudencial

Es evidente, hoy en día, la existencia de dos formas de creación del derecho, es decir, de un derecho político, fundado sobre el principio de representation y que se expresa a través de un acto dirigido a producir directamente derecho y a imponer una regla para el futuro y de un derecho jurisprudencial, que se expresa; sin embargo, a través de un acto dirigido a resolver una controversia sobre la base de las normas prexistentes y con el efecto indirecto de producción de normas.

Por la tutela de los derechos fundamentales, ningún derecho, incluso si es fundamental, puede considerarse absoluto, de lo contrario se convertiría en un "tirano" de los otros derechos.

Por esta razón, una función muy importante es la ponderación de los diferentes derechos en su aplicación, al fin de encontrar la solución que logre el equilibrio más correcto.

La protección de los derechos fundamentales en particular requiere una actividad de ponderación entre principios constitucionales que implica una actividad de interpretación de las fuentes.

La actividad de balance se encuentra en algunos casos ya establecida por el constituyente, por ejemplo, en el artículo 21 de la Constitución italiana, que establece que la libertad de pensamiento no puede ir contra de la moralidad *("buon costume")*, ponderación que, por tanto, prevalece en todo caso.

La misma actividad de balance se lleva a cabo por el legislador en sus actividades de aplicación y ejecución de los principios constitucionales, como cuando el legislador debe decidir acerca de la regulación del aborto, y se debe ponderar entre la vida de los no nacidos y la salud (también psicológica) de la mujer o la libertad de autodeterminación en virtud de la voluntariedad de la procreación consciente y responsable.

La misma actividad se lleva a cabo, como es bien conocido, también por el Tribunal Constitucional y, en particular, en el control de constitucionalidad de la ley, sobre todo mediante el control de la razonabilidad de la misma.

Incluso el juez ordinario, al momento de decidir un caso, puede verse en la necesidad de proceder a la actividad de ponderación, esta vez no en abstracto con valor general, sino en concreto en un caso específico y con una eficacia limitada a este caso.

De esta manera, y en esta medida, el juez crea entonces derecho.

III. Las relaciones entre derecho político y derecho jurisprudencial y las problemáticas conexas

La existencia de un derecho político junto a un derecho jurisprudencial y la evolución de las relaciones que he tratado de describir, plantean la cuestión de cuál es o debería ser la relación entre ellos.

Así que podemos pensar que el mito de la ley del siglo XIX sea ahora reemplazado por el mito del derecho jurisprudencial.

En realidad, dada la posibilidad de que los jueces creen derecho, podemos preguntarnos si el juez puede colocarse en el mismo plano del legislador.

En este sentido, hay posiciones muy diversificadas.

Recientemente un libro fue escrito en Italia por el presidente saliente del Tribunal Constitucional, Paolo Grossi, un importante profesor de historia del derecho.

El título del libro es curioso y es este: *La invención del derecho*. La palabra "invención", sin embargo, no se usa en su significado del idioma italiano, es decir, "inventar algo que no está allí", sino el de "inventar" en latín, que consiste en encontrar algo que ya existe.

Esto que ya existe es el derecho, que consistiría en las tradiciones comunes, difundidas entre la gente y que todos, principalmente algunos sujetos en particular pueden sacarlas a la luz y darlas a conocer.

Estos sujetos son, en el mismo nivel, el legislador, los TC, los jueces ordinarios y los juristas en general.

Por lo tanto, no se trataría de "crear" el derecho, sino solo de "encontrarlo", "darlo a conocer".

Grossi escribe esto: La Constitución es "[...] una especie de tesoro de objetos preciosos también compuesto de principios no expresados que solo necesitan un intérprete que los extraiga del estado latente, transformándolos en herramientas de colaboración de la vida de las personas en los acontecimientos de su existencia cotidiana".

La tarea de "inventar" ha afectado a la Asamblea Constituyente, pero la Asamblea ha sido disuelta. Esta tarea ha sido afectada rutinariamente por el trabajo del Tribunal Constitucional, que ha llevado a cabo una serie de "intervenciones inventivas", expresando con sentencias lo que vivió en un sustrato de valor.

Esta es la conclusión de Grossi: el derecho pertenece a las raíces profundas de la sociedad y no puede ser creado ni por el legislador ni mucho menos por la jurisprudencia o por los juristas, pero puede solo ser conocido o descifrado.

Nadie crea el derecho: ni el poder legislativo, ni el poder judicial, ni siquiera la reflexión científica.

Según otros, al contrario, el juez debe actuar solo sobre indicaciones legislativas precisas y no proceder directamente a interpretar la voluntad popular o las demandas provenientes de la sociedad.

Según esta tesis, la situación más negativa para los derechos fundamentales es la ausencia de una ley.

Por tanto, se argumenta que una mala ley es preferible que ninguna ley.

En el sentido de que la mala ley puede ser impugnada ante el TC y luego lograr que se modifique y mejore.

Nada, sin embargo, puede (o podría hacerse) frente a una omisión del legislador.

Ninguna de las dos tesis que he presentado es, en mi opinión, convincente.

Si bien es cierto que el legislador y el juez crean derecho (derecho político y derecho jurisprudencial), también lo es que operan de una manera diferente, como método, como límites y como legitimación en el sistema constitucional.

Como método: otro gran constitucionalista italiano, Gaetano Silvestri (que también fue presidente del TC), argumentó a este respecto que la diferencia entre el legislador y el Tribunal Constitucional es la misma que pasa entre el gran sastre y la pequeña costurera.

El legislador es el gran sastre que hace el vestido, el tribunal es la pequeña costurera que ajusta una manga, quita un defecto, es decir, interviene en segunda medida para tratar de reparar los problemas creados por el gran sastre o como resultado del uso prolongado del vestido.

Como límites: el tema de las omisiones del legislador y las medidas para remediar los efectos negativos de las mismas plantea la necesidad de distinguir entre: *a)* cuando un derecho fundamental está reconocido por la Constitución, y *b)* cuando se basa

en una elección del legislador, frente a disposiciones constitucionales que "permiten", pero no "imponen", el reconocimiento de un derecho.

La decisión del legislador de no intervenir puede representar una deliberada elección a través de la cual el poder político muestra la voluntad de aceptar que la materia, al menos por el momento, sea regulada por el derecho jurisprudencial.

Pero ¿se puede sancionar la omisión del legislador? ¿Cuáles son los poderes y las herramientas del juez de constituciónal y del juez común en el primer y en el segundo caso? ¿Cuál es su legitimación en el sistema constitucional?

A estas preguntas buscarán unas respuestas las contribuciones de los compañeros incluidas en las próximas páginas.

Revisitando la anticonstitucionalidad y la inconvencionalidad por omisión

*Víctor Bazán**

Sumario: I. Preliminar. II. Sucintas apreciaciones contextuales. III. Sustentabilidad jurídica del control sobre las omisiones inconstitucionales IV. Doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema acerca de la inconstitucionalidad omisiva. V. Recorrido por el derecho extranjero en torno al control de las omisiones inconstitucionales. VI. Aproximación a la temática de la inconvencionalidad por omisión. VII. Puntualizaciones finales.

I. Preliminar

El objeto principal de esta ponencia consiste en dilucidar si Argentina cuenta o no con una plataforma constitucional y convencional suficientemente densa para legitimar el ejercicio del control de constitucionalidad y el de convencionalidad en torno, respectivamente, a las omisiones inconstitucionales y anticonvencionales.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor titular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor Invitado de Posgrado en las universidades de Buenos Aires (UBA) y Austral (Argentina), Pisa (Italia), Sevilla (España), Panamericana (México), Rafael Landívar (Guatemala), del Rosario (Colombia), entre otras. Autor de numerosos libros y artículos en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional publicados en Argentina y otros países.

Planteado el tema central, en el presente trabajo y en el siguiente orden nos proponemos: *i)* presentar algunas consideraciones contextuales sobre el Estado constitucional y convencional; *ii)* aproximarnos a ciertos pronunciamientos que, particularmente sobre la inconstitucionalidad por omisión, ha producido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), órgano máximo de la justicia constitucional argentina; *iii)* efectuar un relevamiento acerca de la recepción del control sobre las pretericiones inconstitucionales en el derecho extranjero, y *iv)* corroborar la viabilidad jurídica de inspeccionar jurisdiccionalmente las pretermisiones inconvencionales.

Finalmente, las consideraciones de cierre del ensayo se unirán a otras formulaciones intercaladas en el nudo del trabajo.

II. Sucintas apreciaciones contextuales

El Estado contemporáneo es Estado constitucional y convencional, en cuyo marco la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía homóloga a ella ocupan un lugar sustancial en el sistema jurídico y destilan fuerza normativa, lo que implica la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

El control sobre las pretericiones inconstitucionales (igualmente para las inconvencionales) pareciera recibir sustento y legitimación desde que el vigor jurídico y fáctico de tal bloque constitucional y convencional es presupuesto de intangibilidad de los caracteres fundamentales de supremacía y normatividad de la ley fundamental y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Debe quedar claro que la temática que exploraremos no es precisamente pacífica, desde que exige adentrarse en espacios *incómodos* del control de constitucionalidad y convencionalidad, se conecta con temas complejos como los de *la eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales e internacionales* y toca puntos sensibles al procurar corregir indolencias principal pero no exclusivamente del legislador, que puede sentirse *invadido* en

áreas que —estima— son de su única y exclusiva incumbencia, o bien, *limitado antidemocráticamente*.

Este planteo resalta la relevancia de activar mecanismos jurisdiccionales que, sin menoscabar la autoridad democrática del legislador, preserven la dimensión normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valor equivalente a ella, amparen su contenido axiológico y aseguren su supremacía.

III. Sustentabilidad jurídica del control sobre las omisiones inconstitucionales

3.1. Consideraciones generales

Varios años atrás ya se puntualizaba con claridad que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificándose que la infracción a lo dispuesto en la misma es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de esta serán constitucionales solo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*.[1] Al respecto, acota que, si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema.[2]

Embebido de ese espíritu, que enraíza en el Estado constitucional, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad sobre las pretericiones contrarias a la carta básica, en aras de resguardar su primacía y carácter normativo.

Es que el legislador no puede ni debe escudarse en su libertad configurativa para eludir o posponer *sine die* el encargo constitu-

[1] Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 5a. reimp., Barcelona, Ariel, 1997, pp. 17 y 18.

[2] *Ibidem*, p. 18.

cional que le impone materializar las determinaciones normativas contenidas en la ley fundamental.

Con acierto se ha sostenido que la *fuerza normativa de la Constitución* no surge del vacío, y la normatividad constitucional "presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el derecho —política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político—, *la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva*"[3] (cursivas añadidas).

Nos guarecemos en la tan repetida como certera concepción que indica que *el control de constitucionalidad, como noción jurídica, es inseparable de la idea de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado*.[4] Desde otro ángulo de mira, aunque convergente en punto al objeto de nuestra argumentación, es innegable que *sin la potencia condicionante de la Constitución como norma jurídica no existiría control de constitucionalidad*.

3.2. La cuestión en Argentina

a) En el esquema jurídico argentino, *aggiornato* mediante la modificación constitucional de 1994, puede inferirse la existencia de una determinación constitucional legitimante de la competencia de la judicatura (con la CSJN al frente) para batallar contra las omisiones legislativas anticonstitucionales (y también —como veremos— las pretermisiones inconvencionales).

Varios factores abonan tal tesis, entre ellos:

---

3 Revenga Sánchez, Miguel, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie "Cuadernos del Rectorado", Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), núm. 22, 2010, p. 40.

4 Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, p. 3.

1) la amplificación del elenco de *derechos explícitos*, por ejemplo, los artículos 37, sobre derechos políticos; 41, acerca del derecho a un medioambiente sano y equilibrado, y 42, en torno a los derechos de consumidores y usuarios; todos de la Constitución Nacional (CN);
2) la positivación de los *procesos constitucionales* de amparo (incluso el amparo por *omisión*), *habeas corpus* y *habeas data* —aunque esta última expresión no figure textualmente en la carta magna— (art. 43 CN);
3) la redefinición del principio de igualdad, a partir de la complementación de la *igualdad formal* (art. 16 CN —igualdad ante la ley—) con la *igualdad material o sustancial* (arts. 37 y 75, incs. 2, 19 y 23 CN —igualdad real de oportunidades y de trato, que debe reafirmarse a través de medidas de acción positiva—). Ello ha permitido que se imponga una mirada "estructural" de la igualdad, que entiende como relevante la situación de la persona considerada individualmente, pero como parte de un grupo tradicionalmente excluido;
4) el artículo 75, inciso 19, puede ser interpretado como continente de una abarcadora *cláusula de "desarrollo humano" o "nueva cláusula del progreso"* que complementa a la no menos generosa "cláusula del progreso" original, cobijada ahora en el inciso 18 de tal norma constitucional. En un marco de gran amplitud, aquel inciso impone al Congreso "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, [...]", y "proveer al crecimiento armónico de la Nación [...]; [y] promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones [...]", y
5) el artículo 75, inciso 23, es una disposición muy importante y potencialmente útil. En su párrafo inicial insta al Congreso a legislar y promover *medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*. En particular, *diagrama una nítida y más densa capa protectora en favor de niños (y niñas), mujeres, ancianos y personas con discapacidad*. Obviamen-

> te, en punto a los individuos con capacidades diferentes ese *plus tuitivo* ha quedado más reforzado todavía con la jerarquización constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la que se ha otorgado volumen constitucional por la Ley Nacional núm. 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014. A su vez, el párrafo 2 de la disposición que reseñamos compele al Congreso Nacional a *dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*.

b) Tratamiento aparte merece el artículo 75, inciso 22, CN, que puede ser considerado como la principal clave de bóveda para comprender la lógica, el espíritu y la dinámica de la renovación constitucional de 1994.

La norma que comentamos establece la competencia del Congreso Nacional para aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, disponiendo que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, esto es, que *ostentan valor supralegal, pero infraconstitucional*.

Asimismo, por medio de idéntica cláusula se ha adjudicado jerarquía constitucional *originaria* (o sea, directamente por la Convención constituyente de 1994) a 11 instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2), que hacen que la antigua figura de la "pirámide", en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de "trapecio", en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Además, se han añadido con homóloga alcurnia, tres documentos internacionales sobre la misma materia (derechos humanos), aunque *derivada*. O sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación que se le ha otorgado el artículo 75, inciso 22, párrafo 3.

En suma, poseen magnitud constitucional *originaria*: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, cuentan con jerarquía constitucional *derivada* los siguientes instrumentos internacionales: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley Nacional núm. 24.820, de 1997;[5] la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se le ha conferido esa valía mediante la Ley Nacional núm. 25.778, de 2003;[6] y más recientemente, la aludida Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que cuenta con magnitud constitucional desde 2014.

En suma, actualmente existen 14 instrumentos internacionales sobre la señalada materia que ostentan rango constitucional en las condiciones de su vigencia, valen tanto como la CN, no derogan artículo alguno de la primera parte del texto constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Semejante atribución de cotización constitucional ha provocado, *inter alia*, la expansión cuantitativa y cualitativa del elenco de derechos implícitos; la consolidación del principio pro persona, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados, sin omitir el fortalecimiento de

[5] Ley Nac. núm. 24.820, *Boletín Oficial* (*BO)* de 29 de mayo de 1997.

[6] Ley Nac. núm. 25.778, *BO* de 3 de septiembre de 2003.

la premisa que instaura la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales, con arreglo a lo que marca la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT);[7] además de la ineludible responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento total o parcial de aquellos.

A lo anterior se adicionan otros elementos de análisis, también relevantes: el postulado preambular de "afianzar la justicia", que ostenta naturaleza operativa y no solo tiene valor de guía interpretativa; el establecimiento de una premisa de reafirmación de la fuerza normativa de la Constitución (art. 36 CN), y la tendencia que, no exenta de algún vaivén, exhibe la jurisprudencia de la CSJN en el sentido de seguir los estándares hermenéuticos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) inocula a sus sentencias y opiniones consultivas como intérprete final de la CADH.

Ensamblando tales eslabones, escaso espacio queda para tolerar violaciones a los derechos fundamentales o a la fuerza normativa de la Constitución originadas en *inacciones u omisiones legislativas*.

En semejante escenario constitucional brilla con luz propia el sustancial compromiso adquirido por el Estado argentino en el contexto de los derechos humanos, transmitiendo una clara señal a los órganos del poder constituido, los que quedan vinculados por el vigor normativo de la carta magna, su primacía y la de los instrumentos internacionales con jerarquía equivalente a aquella.

IV. Doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema acerca de la anticonstitucionalidad por omisión

4.1. Introito

El trazado jurisprudencial de la CSJN anuncia —con mayor o menor dosis de contundencia o nivel de verbalización— la existencia de diversos antecedentes en materia de fiscalización sobre las

[7] U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscrita el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

omisiones inconstitucionales, algunos de los cuales fueron emitidos incluso antes de la citada innovación constitucional de 1994.

De esa manera, pueden contarse ilustrativamente los siguientes resolutorios, que *infra* serán sucintamente abordados: *Bonorino Peró, Abel y otros c/ Gobierno Nacional*,[8] de 15 de noviembre de 1985; *Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo*,[9] de 7 de julio de 1992; *Mignone, Emilio Fermín s/ Promueve acción de amparo*,[10] de 9 de abril de 2002; *Verbitsky, Horacio*,[11] de 3 de mayo de 2005; *Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ Reajustes varios*, sentencias I[12] y II,[13] respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007; *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986*,[14] de 24 de febrero de 2009; *Dávila Lerma, Carlos Alberto c/ Provincia de Formosa y/u otros*,[15] de 5 de junio de 2012; *Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción*, de 20 de agosto de 2014;[16] *Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo,*[17] de 11 de noviembre de 2014, y *Villarreal, Mario Jesús c/ PEN - PLN y Máxima AFJP s/ Amparo,*[18] de 30 de diciembre de 2014.

4.2. Breve aclaración histórico-jurídica

Fuera y más allá de las sentencias que mencionábamos en el subapartado precedente, es imposible dejar de lado dos pronuncia-

8 CSJN, *Fallos*, 307:2184.

9 CSJN, *Fallos*, 315:1492.

10 CSJN, *Fallos*, 325:524.

11 CSJN, *Fallos*, 328:1146.

12 CSJN, *Fallos*, 329:3089.

13 CSJN, *Fallos*, 330:4866.

14 CSJN, *Fallos*, 332:111.

15 CSJN, Causa 'D.518.XLI.RHE'.

16 CSJN, Causa CSJ 9/2012 (48-Z).

17 CSJN, *Fallos*, 337:1263.

18 CSJN, Causa 'CSJ 000049/2011 (47-V)/CS1'.

mientos emblemáticos que componen una muestra embrionaria pero muy relevante del tema que analizamos: *Siri, Ángel*,[19] donde el Tribunal se expidió por mayoría[20] el 27 de diciembre de 1957, y *S.R.L. Samuel Kot*,[21] en el que —también mayoritariamente—,[22] se pronunció el 5 de septiembre de 1958.

Tales paradigmáticos fallos brindaron un aporte decisivo al derecho constitucional, al procesal constitucional y a la protección de los derechos humanos, pues engendraron —nada más y nada menos— que el proceso constitucional de *amparo* contra actos de autoridad pública y de particulares, respectivamente.

Asimismo, en *Siri*, la CSJN acuñó uno de los párrafos más célebres de su historia jurisprudencial, afirmando que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional e independientemente de las leyes reglamentarias*. Agregó, citando a Joaquín V. González, que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que

19 CSJN, *Fallos*, 239:459.

20 La mayoría estuvo compuesta por los ministros Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso. Por su parte, el juez Herrera votó en disidencia, propiciando seguir al procurador general en su dictamen, rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada. Entre otras apreciaciones, sustentaba su discrepancia en la necesidad de que la Corte no excediera su propia jurisdicción, la que proviene de la ley; agregando que si aun fuera posible argüir la posibilidad de que el silencio legislativo o la inoperancia de los procedimientos legales no pudieran impedir la vigencia de los derechos y principios consagrados constitucionalmente, debería observarse que semejante razonamiento, que juzgaba "extremo", indudablemente suponía la demostración acabada de aquellos requisitos, que en el caso de autos no estimaba configurados.

21 CSJN, *Fallos*, 241:291.

22 La mayoría quedó compuesta por los ministros Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela.
En minoría, se pronunciaron los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, quienes mocionaron la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar que la doctrina del caso *Siri* no guardaba relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en *Kot*.

las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la Nación.[23]

4.3. Sumario *racconto* del contenido esencial de los casos relativos a la inconstitucionalidad omisiva

a) En *Bonorino Peró* (caso resuelto por conjueces) ejerció *control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional* violatoria de una garantía constitucionalmente fijada consistente en la necesaria preservación de la "intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados" (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual la Corte resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

b) En *Ekmekdjian c/ Sofovich* dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la inacción legislativa en perfilar la normativa reglamentaria del artículo 14 de dicha Convención (sobre el derecho de rectificación o respuesta) podía suscitar la violación de la misma al no hacer posible su cumplimiento. Desde una mirada profunda de la cuestión, puede intuirse una interesante (aunque embrionaria) muestra de *retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de las omisiones normativas*.

c) En *Mignone*, por medio de una especie de *sentencia exhortativa multilateral*, declaró inconstitucional el artículo 3, inciso d, del Código Electoral Nacional, y dispuso urgir a los poderes legislativo y ejecutivo que adoptasen las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, estableciéndoles para ello a aquellos poderes políticos un plazo de seis meses.

La sentencia tuvo *efectos inductores en el Congreso de la Nación*, pues luego de su dictado, concretamente el 4 de diciembre

[23] González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", *Obras Completas*, Buenos Aires, vol. III, núms. 82, 89 y 90, 1935, citado concretamente en *Fallos*, 239:463.

de 2003, se sancionó la Ley Nacional núm. 25.858,[24] promulgada por Decreto Nacional núm. 1.342 del Poder Ejecutivo Nacional, de fecha 29 de diciembre de 2003. En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó, entre otros incisos, el d) del artículo 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el artículo 3 bis, que dispone (en su primer párrafo) que "los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos".

d) En *Verbitsky* diseñó una *sentencia estructural*[25] (siguiendo *mutatis mutandis* la terminología de la Corte Constitucional de Colombia), al involucrar en sus requerimientos a los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires: ejecutivo, legislativo y Suprema Corte de Justicia. Y, paralelamente, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

---

24 *BO* de 6 de enero de 2004.

25 Las *decisiones estructurales* son "megasentencias" en torno a una temática relevante y sensible, que presentan una complejidad intrínseca, la interacción de múltiples actores y factores, que generalmente reflejan un *estado de cosas inconstitucional*. No son precisamente decisiones sencillas de resolver, ejecutar y monitorear y su consecución completa y cabal puede insumir varios años, o bien no lograrse nunca del todo. Abordan problemáticas que resultan transversales a distintos países latinoamericanos, por ejemplo, en materias de *salud pública, superpoblación carcelaria y seguridad social*. Otros pronunciamientos estructurales responden a situaciones muy arduas y específicas que suceden en un Estado determinado, *v. gr.*, la lacerante problemática del *desplazamiento forzado* que arrasó con múltiples derechos fundamentales de una enorme cantidad de personas en Colombia, como consecuencia del conflicto armado que se prolongó por más de cinco décadas. El escenario más propicio para el desarrollo de este modelo sentencial es el *constitucionalismo dialógico*, en orden a generar espacios de interlocución y participación de los poderes públicos involucrados y, con visión inclusiva, a diversos actores de la sociedad civil. *Cfr.* Bazán, Víctor, "Justicia, política y búsqueda de mayor transparencia en Argentina", en Bazán, Víctor y Fuchs, Marie-Christine (eds. acad.), *Justicia y Política en América Latina*, núm. 6, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2018, en esp. pp. 18-23.

En algún punto, el fallo revela la detección de *omisiones contrarias a la Constitución* y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurrían las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y dispuso exhortar al ejecutivo y al legislativo provinciales a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponerles un parámetro temporal fijo para concretarlo. Entre otras cosas, la Corte señaló que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley Nacional núm. 24.660,[26] configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

e) En *Badaro I* descubrió y declaró la existencia de una *omisión legislativa inconstitucional* lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 bis de la ley fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias. Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta en tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma constitucional y procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: *i)* por un lado, la Corte detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excedería su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar directamente las medidas necesarias para suplir la omisión, y comunica lo decidido a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable produzcan la normativa pertinente, y *ii)* por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta en tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

[26] *BO* de 16 de julio de 1996.

Ya en *Badaro II*, ante el transcurso de un lapso temporal prolongado (más de 15 meses) sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara, y frente a la *persistencia de la inacción legislativa*, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizatorio de la prestación previsional del accionante, que con el tiempo adquirió valor de premisa de actualización general.

f) Halabi es relevante porque el Tribunal adhiere a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable, basándose en el artículo 43, párrafo segundo, de la CN.

Al respecto, interpretó que había mediado *mora legislativa* en la regulación de las "acciones de clase" y fijó determinados lineamientos que regularían la tramitación de las mismas hasta en tanto el Congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto.

g) En *Dávila Lerma,* la doctrina dimanante del sucinto fallo lleva a concluir que si en una causa los jueces manifiestan al peticionario algo así como que "su planteo es correcto y Usted tiene razón, pero precisa una norma del legislador que solucione su reclamo", estarían abdicando el ejercicio de su jurisdicción, que *comprende el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia*.

Y por extensión, puede predicarse que ello implica habilitar una herramienta significativa para que desde la jurisdicción se corrijan también pretermisiones del legislador violatorias de la Constitución.[27]

[27] El criterio de *Dávila Lerma*, en cuanto a que los tribunales superiores provinciales no pueden abdicar el ejercicio de su jurisdicción, la cual comprende, naturalmente, *el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia*, fue también aplicado por la mayoría en la causa 'A.25.XLVII.RHE', *Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos (AGMER) c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ Acción de inconstitucionalidad - Recurso de inaplicabilidad de ley*, de 28 de noviembre de 2013, con adhesión total al dictamen de la Procuración General. La mayoría estuvo compuesta por los ministros Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda; mientras que en disidencia se pronunció la jueza Argibay.

h) En *Zartarian,* la Corte detectó una suerte de *omisión inconstitucional relativa* (sin usar literalmente esa expresión), considerando que no se había justificado razonablemente que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas (o sea, el tratamiento diferenciado a hombres y mujeres para acceder a la pensión por viudez) respondiera a un fin trascendente que únicamente pudiera ser alcanzado por ese medio.

Así, ante la falta de ejercicio del control de constitucionalidad en la instancia jurisdiccional correspondiente y los derechos en juego, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la norma debatida.[28]

i) Municipalidad de La Rioja es un fallo de *magnitud institucional* y muy importante para el sistema federal argentino.[29] La

---

[28] Algo muy similar a *Zartarian* ocurriría luego en la causa Salas, *Alberto Andrés c/ Estado de la Provincia de Corrientes y Otro s/ Acción contencioso-administrativa*, resuelta el 13 de mayo de 2015 (*Fallos,* 338:399. Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda). En el caso, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Corrientes denegó el beneficio de pensión solicitado por el viudo de una beneficiaria por entender que según el art. 56, inc. a, de la Ley Prov. N núm. 4.917, *el derecho a la pensión del viudo procede siempre que el reclamante estuviese incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de renta*, requisitos que como no se habían cumplido en el caso, ya que el actor se hallaba inscripto como trabajador autónomo desde el año 1963 y no se encontraba incapacitado, llevó a que se rechazara la petición. Además, y a su tiempo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes desestimó la acción contencioso-administrativa dirigida a que se declarara la inconstitucionalidad de la citada disposición. La CSJN hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del aludido art. 56 de la Ley Prov., núm. 4.917 y dejó sin efecto la sentencia recurrida.
O sea, hizo uso —*mutatis mutandis*— de la doctrina aplicada *in re Zartarian*, entendiendo que si la caja de jubilaciones demandada no justificó que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondía a un fin trascendente que únicamente podía ser alcanzado por ese medio y se había limitado a señalar que la ley impugnada no los amparaba, *debía declararse la inconstitucionalidad de la norma provincial que limitaba el acceso al beneficio de pensión reclamado*.

[29] Para una visión actualizada del sistema federal de Argentina, véase Bazán, Víctor, "El federalismo argentino en foco: un recorrido crítico", en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2019, t. II, pp. 1113-1166.

Corte descartó el argumento del Superior Tribunal provincial según el cual la *omisión del poder legislativo de La Rioja* no podía ser objeto de una acción judicial por constituir una "cuestión política no justiciable".

Al respecto afirmó que no era posible sostener que el dictado de la ley de coparticipación municipal —o sea, el acatamiento de la Constitución— quedara supeditado al logro de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en más de 16 años no habían sido conseguidos. Instó a los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia a asegurar el cumplimiento de la Constitución, proveyendo los recursos financieros a sus municipios de acuerdo con parámetros preestablecidos y destacó *la gravedad que ostentaba la ausencia de dicha ley*.

j) En *Villarreal,* la Corte constató una *preterición normativa del poder ejecutivo* en cuanto se abstuvo de expedir las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de una ley de la Nación, la núm. 26.425.[30]

O sea, el Tribunal verificó la falta de implementación de un mandato legislativo expreso que finalmente anclaba sus raíces en normas y cláusulas constitucionales: el artículo 14 bis, en relación con derechos vinculados a la seguridad social, y el artículo 75, inciso 23, por cuanto se afectaba a uno de los grupos vulnerables definidos en la CN como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos: los *ancianos* (o sea, adultos mayores).

V. Recorrido por el derecho extranjero en torno al control de las omisiones inconstitucionales

5.1. Introducción

Para ilustrar esta aproximación al tema, que necesariamente será incompleta por razones de limitación de extensión, emprenderemos una visita panorámica por ciertos sectores del derecho extranjero para resaltar que el instituto de la inconstitucionalidad

[30] *BO* de 9 de diciembre de 2008.

por omisión ha sido implementado o institucionalizado por conducto de diversas vías.[31]

Concretamente, se ha cristalizado de las siguientes maneras: *i)* a través de la plasmación de la figura en las *constituciones nacionales* de algunos países; *ii)* por medio de la *vía legislativa*; *iii)* en Estados con estructura institucional compleja (por ejemplo, federal), dentro de los cuales la figura de la anticonstitucionalidad omisiva ha sido incorporada en *constituciones provinciales o estaduales* (*v. gr.,* entidades federativas en México), y *iv)* mediante *creación jurisprudencial o pretoriana* de cortes supremas o tribunales constitucionales.

5.2. Mecanismos de implementación

Se observan las modalidades que reseñaremos.

a) En cuanto a las *constituciones nacionales*, van algunos ejemplos pasados y presentes:

1) en *dominios europeos* el caso de la *antigua Yugoslavia*, donde se verificó el primer precedente normativo-constitucional expreso en el artículo 377 de la Constitución de la —desaparecida— República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 27 de febrero de 1974;

2) en *Hungría*, en el artículo 32.A.3. de la Constitución, de 20 de agosto de 1949, modificada en varias oportunidades, *verbi gratia,* Leyes XXXI/1989 y XL/1990, Ley XX-XII/1989, de 19 de octubre, reformada por Ley LXXVIII/1994, de 2 de diciembre;

3) en *Portugal*, concretamente encontramos el artículo constitucional 283 y los artículos 67 y 68 de la Ley del Tribunal Constitucional. Al respecto, el artículo 283 constitucional dispone:

---

[31] Entre otras obras de Bazán, Víctor, sobre el tema véase *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2a ed. actualiz., México, 2017, *passim*.

> 1. A requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, con fundamento en una violación de los derechos de las regiones autónomas o de los presidentes de las asambleas legislativas regionales, el Tribunal Constitucional evalúa y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales. 2. En el supuesto de que el Tribunal Constitucional verifique la existencia de inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento al órgano legislativo competente.

Por su parte, la Ley núm. 28/1982, de 15 de noviembre, de organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Constitucional, se refiere específicamente a la temática de la inconstitucionalidad por omisión en los citados artículos 67 y 68. Estas normas quedan emplazadas en la sección IV (bajo el epígrafe de "Procesos de control de la inconstitucionalidad por omisión"), dentro del subcapítulo I ("Procesos de control abstracto"), del capítulo II ("Procesos de control de constitucionalidad y de legalidad"), del título III ("Proceso"). En cuanto a las pautas reguladoras del control sobre las omisiones inconstitucionales, además de la caracterización general y sucinta formulada en los mencionados artículo 67 y 68, la ley efectúa una remisión complementaria a lo dispuesto en la sección anterior (III), bajo el rótulo de "Procesos de control sucesivo", es decir, concretamente a los artículos 62 a 65, pues el artículo 66 (referido a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad) queda excluido del aludido reenvío;

4) en el ámbito *africano* se observa que Angola consagró el instituto de la inconstitucionalidad por omisión en el artículo 232 de su Constitución y que ha seguido de cerca a la Constitución portuguesa, ya que su Tribunal Constitucional, una vez verificada la inconstitucionalidad por omisión, lo comunica al órgano legislativo competente, pudiendo acudir al tribunal para instar esta acción el presidente de la República, un quinto de los diputados y el procurador general de la República. Respecto de Angola cabría interpretar que la omisión inconstitucional se limi-

ta al legislador, ya que según el nombrado artículo constitucional el Tribunal Constitucional pone en conocimiento la omisión del órgano legislativo competente. Por lo demás, se contempla la preterición inconstitucional, pero no se define en la previsión que se hace de esta;[32]

5) en tierra *asiática*, concretamente en Timor-Leste, debería hablarse de omisión de medidas legislativas necesarias para concretizar las normas constitucionales. Ello quedó plasmado en el artículo 151 de su Constitución, donde la falta de concreción o ineficacia es diferente de la exigibilidad o aplicabilidad del caso portugués, pese a que el Constituyente timorense tuvo en la Constitución lusa su principal referente. El constitucionalismo de Timor-Leste sigue de cerca a Portugal. Sin embargo, su texto constitucional no precisa la articulación práctica de la omisión inconstitucional, aunque sí señala, en el nombrado artículo 151, la legitimación del presidente de la República, del procurador general de la República y del ombudsman (*Provedor de Direitos Humanos e Justiça*). Es competente para resolver esta acción el Supremo Tribunal de Justicia, que funge como tribunal constitucional;[33]

6) en *Brasil*, la Constitución Federal de 1988 reguló expresamente la acción de inconstitucionalidad por omisión en el artículo 103, § 2, confiriéndole competencia originaria y exclusiva para resolverla al Supremo Tribunal Federal. El precepto en cuestión establece: "Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días". Más allá de la normativa constitucional, cabe recordar la Ley Federal número 9.868, que entrara en vigor el 10 de noviembre de 1999 y que

[32] Seguimos a Fernández Rodríguez, José Julio, "Omisión legislativa como omisión inconstitucional. Pervivencia de incertezas", *Justicia Electoral*, México, Cuarta Época, vol. 1, núm. 16, julio-diciembre de 2015, pp. 281, 282 y 293.

[33] *Ibidem*, pp. 290 y 293.

reglamenta el proceso y el juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declarativa de constitucionalidad, normativa que a pesar de no referirse expresamente a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión podía ser aplicada a esta con algunas observaciones vinculadas principalmente con la naturaleza y el alcance de tal acción que busca combatir las omisiones inconstitucionales. De todas maneras, ya en época más reciente se logró dar un paso significativo para concretar la regulación específica del instituto por conducto de la Ley número 12.063, de 27 de octubre de 2009 (publicada el 28 de octubre de ese año), que incorporó a la nombrada Ley número 9.868 el capítulo II-A, quedando instaurada expresamente la *ação direta de inconstitucionalidade*;

7) en *Venezuela*, el artículo 336, numeral 7, de la Constitución de 1999 (en vigor desde 2000), atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia competencia para: "Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección". Un balance del accionar que en torno a la inconstitucionalidad por omisión ha efectuado la Sala Constitucional de aquel Tribunal arroja un resultado francamente negativo pues desafortunadamente el instituto ha sido utilizado con fines distintos de los que inspiraron la figura y de un modo nítidamente distorsionado, y

8) en *Ecuador*, la actual Constitución, aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008, incluye en el cuadro competencial de la Corte Constitucional (CC) la atribución de "*declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión* inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la CC. *Si transcurrido el plazo la*

omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley" (cursivas añadidas) (art. 436, inc. 10). Es preciso hacer notar que el desborde normativo que algunos autores percibieron en tal cláusula constitucional en punto a que la CC vendría a actuar directamente como un *legislador suplente*, ha quedado morigerado, esencialmente respecto de las omisiones normativas absolutas, por la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), cuyo artículo 129.1, dispone: "En el caso de las omisiones normativas absolutas, *se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación*. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia." (cursivas añadidas)

b) Acerca de la *senda legal* encontramos, entre otros:

1) mediante la reforma constitucional 7.128, de 18 de agosto de 1989, se instauró una vía *directa* en Costa Rica por la creación de la Jurisdicción Constitucional por medio de la Ley número 7.135, de 11 de octubre de 1989 (LJC). El artículo 73 detalla los casos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, los cuales son los siguientes: "a) *Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan*, por acción u *omisión*, alguna norma o principio constitucional. b) *Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan*, por acción u *omisión*, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo. [...] f) *Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas*" (cursivas añadidas). De acuerdo con el artículo 73 de la LJC existen dos tipos

de omisiones potencialmente censurables a través de la acción de inconstitucionalidad: las legislativas y las administrativas;

2) una senda *mediata* para las pretermisiones legislativas en España, por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) implementada por la Ley Orgánica número 6/2007, de 24 de mayo, es posible de generarse a través del recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales que puede tener por objeto también *las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas*, lo que no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo.[34] De acuerdo con el artículo 44 de la LOTC: "1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u *omisión* de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: [...] b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u *omisión* del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional [...]" (cursivas añadidas), y

3) más recientemente, el 13 de junio de 2011, en *República Dominicana* se promulgó la Ley Orgánica número 137/11

[34] Sobre el último aserto vertido en el texto (control mediato del poder legislativo), se ha expresado: "El hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso [...]" (cursivas añadidas). "Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional", Ponencia del Tribunal Constitucional de España, "XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos", Vilna, Lituania, mayo de 2008, *www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc*.

del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCPC), que en el artículo 47, párrafo II, prefigura la posibilidad del dictado de sentencias interpretativas aditivas para conjurar las *omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto*.

c) En cuanto a las *constituciones locales* en países con estructura federal:

1) en *Brasil*, por ejemplo, se ha implementado la acción de *inconstitucionalidad por omisión* en las constituciones los Estados de Minas Gerais (art. 118, § 4); Acre (arts. 95, I, 'f', y 104, § 3); Rio Grande do Sul (art. 95, XII, 'd'); Alagoas (art. 134, § 2); Ceará (art. 127, § 2º); Pernambuco (art. 63, § 2); Rio de Janeiro (art. 162, § 2); São Paulo (arts. 74, VI, y 90, § 4), y Santa Catarina (art. 85, § 3).

2) en *México*, el instituto ha sido instrumentado, *verbi gratia*, en las siguientes entidades federativas:

i) *Veracruz*: la figura se instauró en el artículo 65 constitucional y el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado;

ii) *Tlaxcala*: se contempló en el artículo 81 constitucional y la Ley 137 del Control Constitucional, reglamentaria de aquel artículo;

iii) *Coahuila:* el 21 de junio de 2005 se reformó su Constitución —que ya había sido modificada en 2001—, incluyéndose la temática de la *omisión legislativa*, aunque no se diseñó un instrumento autónomo de tutela constitucional al respecto. Debe computarse también la Ley de Justicia Constitucional Local publicada en el *Periódico Oficial del Estado* el 12 de julio de 2005, en cuyo artículo 3 se establece que los procedimientos constitucionales locales podrán promoverse mediante las *acciones de inconstitucionalidad local*, lo que se operativiza conjugando los artículos 6 y 71, fracción V, de la aludida ley;

iv) *Chiapas:* el artículo 63, parte introductoria, de la

Constitución estadual estipula que el Tribunal Constitucional (TC) será el órgano rector de los criterios jurídicos de interpretación conforme a la Constitución y las leyes que de ella emanen. Entre sus atribuciones, la fracción III de aquella disposición le acuerda la de conocer, *inter alia*, de las acciones por omisión legislativa. Así, y por virtud del artículo 64, parte inicial, de la fracción III, el TC conocerá y resolverá las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto alguna ley o algún decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local;

v) *Quintana Roo*: el Tribunal Superior de Justicia recepta competencia para resolver las acciones por omisión legislativa (*cfr.* art. 103, frac. VIII, de la Constitución), en los términos de los artículos. 104 y 105, y puede apreciarse que la Ley Orgánica del Poder Judicial reglamenta muy acotadamente los mecanismos de control de constitucionalidad, entre ellos, las acciones por omisión legislativa;

vi) *Yucatán*: entre los medios de control constitucional que la Constitución del Estado instaura, la figura de las acciones contra la omisión legislativa o normativa se ubica en el artículo 70 constitucional, fracción III;

vii) *Nayarit*: la Ley de Control Constitucional reglamentó las fracciones I a V del artículo 91 constitucional. Dicha ley determina que la Sala Constitucional-Electoral del Tribunal Superior de Justicia ostenta competencia para conocer y resolver los medios de control constitucional, entre ellos, las acciones de inconstitucionalidad por omisión, condensándose las pautas procedimentales al respecto en el artículo 77, párrafos 1 y 2, y en los artículos 78, 79, 80 y 81, y

viii) *Durango*: la modificación constitucional de 2013 ha prefigurado en su artículo 119 una trilogía de instrumentos de examen de constitucionalidad, de los que conocerá la Sala de Control Constitucional, entre

ellos, las *acciones por omisión legislativa* (frac. III del citado art. 119 constitucional) cuando se considere que el Congreso del Estado o algún ayuntamiento no ha aprobado alguna norma de carácter general que expresamente esté "mandatado" emitir y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local.

3) en *Argentina*, específicamente en la Provincia de Río Negro, la Constitución provincial ha implementado en su artículo 207, inciso 2, apartado d, la *acción de inconstitucionalidad por omisión*. Ella puede ser ejercida, libre de cargos fiscales, por quien se considere afectado en su derecho individual o colectivo. Deberá plantearse ante el Superior Tribunal de Justicia provincial (STJ), el que ejerce respecto de este tipo de acción, *competencia originaria y exclusiva*. Para que objetivamente se abra el camino hacia el progreso de la acción, debe existir "mora" del estado provincial o de un municipio en la emisión de una norma, configurando con tal conducta omisiva el incumplimiento de un "deber concreto", según la interpretación del STJ. Si este recepta la acción (que en algunos casos denomina *inconstitucionalidad por omisión* y en otros, *inconstitucionalidad por mora*), se abre un abanico de opciones: *i)* en primer lugar, debe fijar el plazo para que la omisión sea subsanada; *ii)* si el órgano omitente no lo acatara, el STJ "integra el orden normativo", resolviendo la cuestión, para lo cual se reducen el perímetro y la superficie de su sentencia estrictamente al caso concreto. Dicho de otro modo y como propone Bidart Campos, "no sustituye al órgano que ha incumplido el mandato de dictar la norma ausente, sino que suple solamente para el caso la carencia de norma mediante el operativo de la integración [...]; es decir, dicta sentencia en la que mediante norma individual colma la laguna normativa existente",[35] y *iii)* si ello no fuera posible, determina el monto del resarcimiento a

[35] Bidart Campos, Germán J., "Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 129, 1988, p. 949.

cargo del Estado, de conformidad con el perjuicio indemnizable que se acredite (art. 207, inc. 2, ap. d, de la CP y art. 41, inc. a.4, de la Ley Orgánica), es decir, que impone una *indemnización de daños y perjuicios*, lo cual no deja de ser una solución problemática.

d) El *despliegue jurisprudencial* respecto de la inconstitucionalidad por omisión, tanto en Europa como en Latinoamérica, muestra:

1) la labor que al respecto han emprendido algunos Tribunales Constitucionales europeos respecto del control sobre las omisiones inconstitucionales. Por ejemplo:

i) en *Alemania*, donde con una actitud de prudente deferencia hacia el legislador en resguardo de su autoridad democrática y libertad configurativa, el *statu quo* en relación con la omisión inconstitucional debe haberse prolongado por más de un "plazo adecuado", como sostuvo el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG)* en la conocidísima sentencia número 26/1969, de 29 de enero, respecto de la normativa que el Parlamento debía emanar para cumplir con el artículo 6.5 de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, *GG*) acerca de la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos, que suponía la obligación de aquel de adaptar las disposiciones preconstitucionales a los nuevos requerimientos y postulados de la citada *GG,* de 1949. El *BVerfG* declaró la omisión inconstitucional y ordenó al legislador que procediera a sancionar la norma respectiva en el curso de la legislatura de tal año (1969);

ii) en *España*, y entre otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC), puede citarse la *STC 31/1994*, de 31 de enero (Sala 2ª), referida a la regulación de la *televisión por cable*. Así, para declarar la inconstitucionalidad por omisión el TC ha exigido el acaecimiento de un periodo temporal "razonable", encadenado a otros requerimientos. En el citado decisorio precisó que:

> *Lo que no puede el legislador es diferir 'sine die', más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E., pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable*. Ni la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990, fundamento jurídico 6, y 189/1991, fundamento jurídico 3º) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados *ex Constitutione*, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 C.E. (cursivas añadidas)

Es también interesante repasar por ejemplo la *STC 216/1991*, donde el TC examinó una *omisión absoluta* vinculada a la vigencia de una norma preconstitucional que producía un tratamiento discriminatorio;

iii) en *Italia*, donde la Corte Constitucional, en sentencia número 190, de 16 de diciembre de 1970, resolvió que la exclusión en que incurría el artículo 304 bis, apartado I, del Código de Procedimiento Penal (de cuyo texto se infería que el defensor del acusado no tenía derecho a asistir a los interrogatorios a que se sometía a su defendido) constituía una violación del artículo 24.2 de la Constitución, que garantiza los derechos de la defensa, por lo que declaró la ilegalidad

constitucional de la norma citada en primer término, en la medida en que "excluye el derecho del defensor del acusado a asistir a los interrogatorios", y así ha establecido una norma que autoriza al abogado a asistir a tal acto del proceso e impone a las autoridades que hagan lo necesario para que ello sea posible.[36]

2) La tarea realizada sobre el particular por órganos jurisdiccionales en Latinoamérica en torno a la anticonstitucionalidad omisiva. Por caso:

i) la Corte Constitucional de *Colombia*, por ejemplo, sentencias número C-073/96, C-543/96, C-540/97, C-080/99, C-956/99, C-427/00, C-1433/00, C-007/01, C-1064/01, C-041/02, C-185/02, C-871/02, C-402/03, C-858/06;

ii) el Tribunal Constitucional del *Perú*, *verbi gratia,* en los expedientes números, 2.945-2003-AA/TC, *in re A.A.M.G.*, y 05427-2009-PC/TC, *Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva* (AIDESEP). Entre otras varias consideraciones, en este último pronunciamiento el TC sostuvo:

> El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal [inconstitucionalidad por omisión] como *forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo*. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no solo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo constitucionalmente prohibido), sino que *aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean*

[36] Pizzorusso, Alessandro, "El Tribunal Constitucional italiano", en *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales,* trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, CEC, 1984, p. 260.

> *cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado)*. Solo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental (cursivas añadidas);

iii) la *Corte de Constitucionalidad* (C de C) de *Guatemala*, que, entre otros precedentes, exhibe el fallo de 17 de julio de 2012. Al respecto, el caso se configura a partir de la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida contra el artículo 201 bis del Código Penal, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la *omisión legislativa de incluir* "el castigo", "cualquier tipo de discriminación", "o con cualquier otro fin", como finalidades del delito de tortura, y "la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica"; supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Luego de analizar el caso, la C de C concluyó en la existencia de la *inconstitucionalidad por omisión parcial* de la mencionada norma del Código Penal, tomando en cuenta que *su regulación incompleta* transgredía el artículo 46 de la Constitución, que consagra la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y el artículo 149, en cuanto señala la obligación de Guatemala en punto a reglamentar sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales, con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y la defensa de los derechos humanos;

iv) para concluir este recorrido, en tiempos más recientes y siempre en tierras latinoamericanas, con algún antecedente en las controversias constitucionales

46/2002 de 10 de marzo de 2005 y 14/2005 de 3 de octubre de 2005, que dieron lugar a tres tesis jurisprudenciales relevantes: 9, 10 y 11 de 2006,[37] ha habido un importante avance. Es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Primera Sala, concedió el amparo a favor de "Artículo 19" surgente de la omisión legislativa en la que incurrió el Congreso de la Unión desde el 30 de abril de 2014 para regular el gasto público en comunicación social. Al respecto, y como se sostuviera,

> [...] *la omisión legislativa implicaba reformular de manera absoluta los alcances del juicio de amparo. Sin embargo, la Primera Sala estuvo a la altura de las circunstancias. No cedió ante un formalismo paralizante que hubiera esgrimido el principio de relatividad de las sentencias de amparo (fórmula Otero) para evitar el estudio de fondo*. Al contrario, bajo una interpretación progresiva y *pro persona*, que dotó de efectividad al juicio de amparo frente a cualquier violación a derechos humanos, encontró la solución jurídica a un problema político: la falta de voluntad del legislador para legislar"[38] (cursivas añadidas).

La nombrada Sala, por mayoría de cuatro votos, *falló a favor de "Artículo 19"*[39] *el aludido juicio de amparo por la omisión legis-*

---

37 Tituladas: Principio de división funcional de poderes. Sus características; órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes y omisiones legislativas. Sus tipos; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, T. XXIII, febrero de 2006, pp. 1533, 1528 y 1527, respectivamente.

38 Véase, respecto del caso mexicano, Maldonado, Leopoldo y Rojas Pruneda, Alejandro, "Amparo por omisión legislativa: algunas reflexiones para el futuro", *Nexos. El juego de la Suprema Corte,* México, 23 de noviembre de 2017, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7073*

39 Para evitar confusiones, debe aclararse que "*Article* 19 México y Centroamérica" se presenta como una organización independiente y apartidista que promueve y defiende el avance progresivo de los derechos de libertad de expresión y acceso a la información pública de todas las personas, de acuerdo con los más altos estándares internacionales de derechos humanos, contribuyendo al fortalecimiento de la democracia.

lativa en emanar la legislación secundaria del artículo 134 de la Constitución Federal, para lo cual estableció que el Congreso de la Unión debía elaborar tal legislación en materia de publicidad gubernamental antes del 30 de abril de 2018. Se trata de un hecho auspicioso que ojalá continúe desarrollándose a través de la doctrina jurisdiccional de aquel Alto Tribunal.

VI. Aproximación a la temática de la inconvencionalidad por omisión

6.1. Apuntes previos

Si bien el de la inconstitucionalidad por omisión es un tema que ha sido bastante examinado en diversas latitudes europeas y latinoamericanas desde la normatividad (constitucional e infraconstitucional), la jurisprudencia y la doctrina, no ha ocurrido lo mismo con la *inconvencionalidad omisiva*, tema no demasiado inexplorado. Desde nuestro punto de vista —y como se anunciara— entendemos que esta también es susceptible de corrección jurisdiccional.

Ya en 2009, es decir, hace más de 11 años, postulábamos la viabilidad del control sobre las omisiones inconvencionales, y lo plasmamos en un trabajo denominado "Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión".[40] Hoy seguimos sosteniendo que tal fiscalización es posible.

6.2. Insumos analíticos

Numerosos elementos nos mueven a pensar de la manera señalada. Entre otros, los que a continuación relevaremos sucintamente.

Vale recordar que "*Article* 19" se creó en Londres, Reino Unido, en 1987, y toma su nombre del art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, *https://articulo19.org/sobre-a19/*

40 Bazán, Víctor, "Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión", Buenos Aires, *La Ley - Suplemento Constitucional*, 2009; que puede compulsarse en *La Ley*, 2009-E-1240, cita de AR/DOC/3366/2009

a) El deber de los jueces internos (y demás autoridades públicas) de realizar control de convencionalidad

El Tribunal Interamericano comenzó a aplicar la expresión "control de convencionalidad" en el sentido que aquí nos interesa resaltar (examen de convencionalidad practicable en *sede interna*), en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, pronunciándose del siguiente modo: "[...] *el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican* [sic] *en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*".[41] (cursivas añadidas)

Más tarde, dicha Corte determinó que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así se pronunció en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, poniendo de presente que "*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad ex officio'* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[42] (cursivas añadidas)

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* y frente a algunas dudas acerca de si el control de convencionalidad involucraba también a órganos especializados como por ejemplo tribunales constitucionales, la Corte IDH zanjó la cuestión al puntualizar: "*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer 'ex officio' un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana,* evidentemente en el marco de

41 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 124.

42 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso ("Aguado Alfaro y otros") vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm 158, párr. 128.

sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[43] (cursivas añadidas)

Concluimos esta sumaria aproximación intentando evidenciar que la fiscalización convencional es *obligatoria* en el ámbito interno. Evocamos un hito importante (para algunos problemático) en el recorrido jurisprudencial del Tribunal interamericano. Se trata de la sentencia de 24 de febrero de 2011 recaída en el caso *Gelman vs. Uruguay*. En ella, la Corte amplió intensamente las fronteras de operatividad del examen convencional y subrayó que la protección de los derechos fundamentales funciona como límite a las mayorías en el marco de desarrollo de la vida democrática. Sostuvo que:

> [...] particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad"* [...], *que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial*."[44] (cursivas añadidas)

b) La especial naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos

Para un Estado americano —como Argentina—, ser parte de la CADH importa tanto un deber de *respeto* por los derechos humanos como un deber de *garantía* de estos.

Ello queda inmerso en un escenario jurídico y axiológico particular descrito claramente por la Corte IDH, que ha insistido en que los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su

---

43 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220, párr. 225.

44 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 239.

propio Estado como ante los restantes Estados contratantes. En otras palabras, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual *asumen diversas obligaciones* en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados.[45]

c) Deber de adecuación de la normativa interna a la CADH

El artículo 2 de la CADH enfatiza el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno*, en punto a que si los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 de dicho instrumento (esto es, los reconocidos en la Convención), no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos*.

En otras palabras, lo que se busca es poner de relieve que innegablemente la CADH impone a cada Estado parte la obligación de adecuar el derecho interno a sus disposiciones para garantizar los derechos allí consagrados. Se trata de una norma consuetudinaria de reconocimiento universal, un *principe allant de soi* (un principio evidente), en palabras que hace más de 90 años profiriera la hoy desaparecida Corte Permanente de Justicia Internacional.[46]

No parece desacertado pensar que el control preceptivo de convencionalidad no debe agotarse en la fiscalización de prácticas o normas lesivas de la CADH (o sea, conductas activas), sino que es lícito abarcar a las *omisiones estatales que la contraríen* y obturen su objeto y fin. Es que el Estado parte de tal convención no solo tiene el aludido deber de adoptar las medidas de derecho interno, sino que además está obligado a asegurarse que

[45] Véase, por ejemplo, Corte IDH. OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), solicitada por la Comisión IDH. Opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 2, párr. 29.

[46] C.P.J.I., Avis consultatif, "Echange des populations grecques et turques", 1925, Série B, núm. 10, p. 20.

sean *efectivas*, es decir, cumplidas en el orden jurídico interno. En otras palabras, su eficacia se mide en términos de acatamiento por parte de la comunidad, o sea, de adaptación de su conducta a la normativa de la Convención.[47]

De acuerdo con la Corte IDH, esa efectividad de las normas *es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica*.[48]

d) El efecto útil de los tratados internacionales sobre derechos humanos

La obligación de la magistratura jurisdiccional (y de otras autoridades públicas competentes) de desenvolver la fiscalización convencional no es un espejismo o una ficción. De hecho, en su reservorio de herramientas analíticas para sustentar sus pronunciamientos, no pueden estar ausentes los textos de la CADH y del resto de instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de derechos fundamentales. Tampoco debería faltar en el estudio que se realice, la visión que de la letra y el espíritu de tal conjunto normativo internacional ha plasmado la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas.

Frecuentemente, este Tribunal interamericano ha instado a buscar el *efecto útil* de los compromisos internacionales sobre derechos humanos en general, y de la CADH en particular, resaltando la necesidad de velar por dicho *efecto útil* en relación con el control de convencionalidad, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y al fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.[49]

---

47 *Cfr.*, entre otros, Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39, párr. 69.

48 *Ibidem*, párr. 70.

49 *Cfr., v. gr.,* Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 180; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, *cit*., párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso ("Aguado Alfaro y otros") vs. Perú...*, *cit*., párr. 128; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*.

e) Principios internacionales básicos (de inexcusable acatamiento) en juego

Es un hecho incontrastable la relevante magnitud que en ciertas latitudes latinoamericanas se ha adjudicado a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los que reluce la CADH. Baste pensar, por ejemplo, en el nombrado artículo 75, inciso 22, párrafo 2, de la Constitución argentina o en el artículo 424, párrafo 2,[50] de la Constitución del Ecuador, para comprobar la señalada premisa, que tiene un valor jurídico y axiológico que va mucho más allá de lo meramente formal.

Semejante temperamento implica dejar verbalizadas en las respectivas normas máximas de sus ordenamientos internos, las obligaciones que esos Estados han asumido internacionalmente en el campo de los derechos fundamentales, lo que refuerza cualitativamente su nivel de compromiso con estos. Y lo han realizado ya sea parificando jerárquicamente a los documentos internacionales en la materia con la propia ley fundamental (Argentina), o bien determinando la aplicación preferente de la Constitución o de los tratados internacionales en esta área temática en la medida que reconozcan derechos más favorables al ser humano (Ecuador), lo que implica una reafirmación operativa del principio pro persona.

Además de las propias normas locales, sin duda importantes, aquí entran en juego principios internacionales insoslayables. En particular, las exigencias de las pautas *pacta sunt servanda* (postulado fundamental del derecho de los tratados internacionales, de prosapia metajurídica);[51] cumplimiento de buena fe (que re-

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169, párr. 113.

50 Tal tramo del precepto dispone: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".

51 Al respecto, y en su voto disidente en el *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 31, párr. 8, el expresidente del Tribunal interamericano Antônio A. Cançado Trindade, dejó en claro que el principio general *pacta sunt servanda* tiene fuente *metajurídica*, "al buscar basarse, más allá del consen-

corre transversalmente a todo el derecho internacional) e improcedencia de alegar disposiciones (u *omisiones*, según nuestro criterio) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los convenios internacionales. Todo ello, en lo respectivamente correspondiente, de acuerdo con los artículos 26, 31.1 y 27 de la citada CVDT.

Para evocar solo un ejemplo de lo expuesto, vemos que la Corte IDH ha expresado:

> Según el derecho internacional las *obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional*, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [...]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.[52]

Siendo así, no pareciera quedar demasiado espacio para que el control de convencionalidad que los jueces y demás autoridades públicas en el orden interno *deben llevar adelante*, excluya de su cobertura a las pretericiones o inercias inconvencionales, ya que la responsabilidad internacional puede configurarse por acción o *por omisión*.

6.3. Ejes conclusivos

Encadenando los diversos eslabones argumentales hasta aquí referidos, *es lícito concluir que existe suficiente base jurídica y axiológica legitimadora para que el radio de cobertura del contralor de convencionalidad abarque también a las pretericiones estatales que*

timiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales".

[52] Corte IDH, OC-14/94, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2), solicitada por la Comisión IDH. Opinión consultiva de 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, párr. 35.

resulten contrarias a la CADH y/o a otros documentos internacionales que integran el corpus iuris *esencial en la materia*.

Primordialmente y entre otras circunstancias, la conclusión que arriesgamos se asienta en que:

1) el Estado constitucional y convencional exige, *inter alia*, la retroalimentación de fuentes jurídicas internas e internacionales en materia de derechos humanos (p. ej., Constitución e instrumentos internacionales sobre esa temática); la interpretación conforme a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos; el acatamiento de las recomendaciones contenidas en los informes de la CIDH; el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte IDH (que hacen *cosa juzgada* respecto del Estado condenado) y el seguimiento de las opiniones consultivas que esta profiere (que generan *cosa interpretada*); además de la obligación de los jueces domésticos y demás autoridades públicas de llevar adelante el control de convencionalidad *interno o difuso*,[53] en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes;

2) es insoslayable tomar en consideración el deber de honrar los compromisos asumidos internacionalmente y el debido respeto que demandan los principios generales del derecho internacional. Específicamente, las exigencias de las premisas *pacta sunt servanda* (de aplicación no solo respecto de obligaciones emergentes de tratados internacionales sino también de postulados del derecho consuetudinario), cumplimiento de buena fe e inviabilidad de invocar disposiciones u *omisiones normativas* de derecho interno para excusar el incumplimiento de los convenios internacionales (*cfr.*, en lo respectivamente pertinente, el párr. 3 del preámbulo y los arts. 26, 31.1 y 27 de la CVDT);

[53] La restante modalidad fiscalizatoria corresponde al llamado control de convencionalidad *concentrado*, y es monopolizada por la Corte IDH que la viene utilizando —aunque sin llamarla formalmente "control de convencionalidad"— desde la primera sentencia de condena que emitiera en ejercicio de su jurisdicción contenciosa.

3) los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin convergen en un punto común: *la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*. No son tratados multilaterales del tipo tradicional para un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos *se sujetan a un ordenamiento legal dentro del cual adquieren diversas obligaciones con relación a los individuos bajo su jurisdicción*;

4) las constituciones de algunos de los Estados parte de la CADH (p. ej., Argentina) diagraman *significativas cláusulas de apertura internacional*, reflejando —al menos en teoría— la decisión política, institucional y jurídica de equiparar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a la Carta magna nacional, además de someterse voluntariamente a un sistema internacional de justicia como el interamericano;

5) la propia CADH destaca en su artículo 2 el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno* cuando el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 de dicho instrumento no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter;

6) la Corte IDH ha subrayado que, *inter alia*, los jueces nacionales *deben* concretar el control de convencionalidad, velando por la pervivencia del *efecto útil de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*;

7) tal examen convencional (desplegable incluso *ex officio*, al igual que la inspección de constitucionalidad) entraña una obligación insoslayable para los magistrados locales (también para otras autoridades públicas);

8) la judicatura interna se ve precisada a aplicar la pauta hermenéutica pro persona, lo que le marca un direccionamiento hacia la búsqueda de las soluciones más favorables al ser humano y a la consecución de la efectividad de sus derechos fundamentales, cuando esta haya quedado bloqueada por acciones o *pretericiones anticonvencionales*;

9) el Tribunal interamericano ha interpretado que *los tratados internacionales pueden violarse cuando el Estado omite el dictado de normas a que está obligado*, hipótesis en la cual puede incurrir en responsabilidad internacional. En otras palabras, la responsabilidad internacional no solo puede configurarse por acción sino también por *omisión*, y

10) el Estado nacional es el único responsable en sede internacional, por lo que no podría alegar legítimamente para escapar de tal responsabilidad el hecho de que la *omisión inconvencional* en cuestión provenga o sea imputable a una provincia, región o estado, de acuerdo con la terminología que cada Constitución federal emplee en los casos de Estados con estructura compleja, como Argentina, Brasil y México, por citar algunos ejemplos en el arco latinoamericano. Basta al respecto con releer la cláusula federal contemplada en el artículo 28 de la CADH.[54]

VII. Puntualizaciones finales

1. La carta fundamental ha pasado de ser percibida (*o de pasar desapercibida*) como norma meramente organizativa o ubicada a una escala cuasi metajurídica desde el punto de vista material, a ser concebida como norma con eficacia directa, tanto en sus aspectos institucionales como en los materiales y sustantivos. Ello nos conecta con el relevante asunto de la *fuerza normativa de la ley fundamental*, que sin duda depende de la posibilidad de *realización* de los contenidos constitucionales[55] o, dicho en otros términos, de la *concretización* de las premisas prescriptivas que aloja su texto.

En tal contexto operativo, la labor de la magistratura jurisdiccional adquiere una importancia vital. Es que, precisamente, uno de los propósitos centrales del control jurisdiccional en torno a las omisiones inconstitucionales se ubica en la necesidad de *re-*

[54] Bazán, Víctor, "Cláusula federal y protección de derechos humanos", Buenos Aires, *La Ley,* 2018-E-950, AR/DOC/1972/2018.

[55] Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a ed., Madrid, CEC, 1992, p. 26.

componer el imperio de la carta básica, cuya supremacía y vigor normativo quedaran momentáneamente atascados por la agresión negativa del órgano omiso.

2. Consustanciada con tal dinámica, y con mayor o menor proporción de contundencia verbal y jurídica, la CSJN viene recorriendo una senda que abre un horizonte con potencialidades evolutivas en el que cabe imaginar que reserva un espacio para el ejercicio cauto pero decidido del control jurisdiccional sobre las pretericiones anticonstitucionales. Un elemento analítico relevante para inteligir tal comportamiento del máximo Tribunal, no puede obviarse que el paisaje jurídico argentino, sobre todo a partir de la innovación constitucional de 1994, pareciera haber forjado una matriz de legitimación suficiente para viabilizar la competencia de aquel en el marco de la lucha contra las inercias inconstitucionales del poder legislativo que no desarrolla los mandatos de la norma básica, y también en algunos casos del poder ejecutivo que ralentiza o pospone indefinidamente el dictado de la reglamentación pertinente de leyes dictadas por el Congreso.

3. Al verificar y corregir pretericiones inconstitucionales, la CSJN deberá conducirse movida y convencida de la utilidad del diálogo institucional constructivo y no desde la insularidad o el confinamiento a la hora de tomar decisiones de trascendencia pública. Cuenta para ello con herramientas suficientes para tender provechosas líneas de contacto con la ciudadanía y también con el Congreso, el poder ejecutivo y otros órganos constitucionales. Debe tenerse presente que la "independencia" judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad —tal como lo sostiene Nino— no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad.[56] Claramente, la Corte Suprema deberá operar con un *activismo prudente*, que al tiempo de garantizar el cumplimiento de su papel esencial de preservación de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales —como órgano de cierre de la justicia constitucional

[56] Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 705.

en el plano interno—, pugne por la indemnidad de la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

4. El nivel de avance del Estado constitucional y convencional en Argentina hace que si bien es relevante la tarea de *defensa* de la Constitución que la CSJN efectúa, de ella también se espera que —en cuanto cabeza de un poder del Estado— incremente su rol proactivo para *realizar* la ley básica (actuando cooperativamente con los restantes poderes), para asegurar su textura normativa, fortalecer su contenido axiológico y reforzar su supremacía junto a la de los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos.[57]

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es inherente y, *verbi gratia,* las convenciones sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas —*inter alia*— en la CADH y los patrones hermenéuticos que a su respecto moldea la Corte IDH, dan vida a una matriz jurídica que direcciona su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: optimizar la protección y el desarrollo progresivo de los derechos esenciales.

5. Al amplificarse el proceso de movimiento de reglas iusinternacionales, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces nacionales (entre otras autoridades públicas) del *control de convencionalidad* de la preceptiva interna infraconstitucional y constitucional frente al plexo de reglas, principios y valores que la CADH cobija y la interpretación que de tal pacto efectúa la Corte IDH.

---

[57] *Mutatis mutandis*, Ahumada Ruiz ha explicado sobre el particular que el papel de los tribunales constitucionales en el periodo de asentamiento de un nuevo régimen constitucional patentiza la necesidad de "defender" la Constitución, "de afirmar su supremacía en una etapa en la que, inevitablemente, por su falta de arraigo, está más expuesta al riesgo de interpretaciones interesadas o, directamente, por rechazo o por desconocimiento, de incumplimiento, es más acuciante. Pero cuando la oposición a la Constitución deja de ser un peligro inmediato, su garantía puede —por fin— plantearse en otros términos: no se trata simplemente de preservar la integridad de la Constitución, se trata más allá de esto de asegurar su eficacia, su cumplimiento activo, en definitiva, su 'realización' (*implementation, fulfilment*)". Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 51.

6. Si la Constitución argentina diseña generosas cláusulas de apertura internacional; si la propia CADH subraya en su artículo 2 el *deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno* cuando el ejercicio de los derechos y libertades aludidos en el artículo 1, *ibidem*, no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; si la fiscalización de compatibilidad convencional por la magistratura jurisdiccional interna (incluso *ex officio*) es un deber irrecusable, y si la responsabilidad internacional puede desencadenarse tanto por acción como por *omisión*; es válido predicar que en nuestro país existe suficiente plataforma legitimadora para que el radio de cobertura de semejante examen de convencionalidad abarque también a las *pretericiones estatales que sean contrarias a la CADH* y a otros instrumentos internacionales que forman parte del *corpus iuris* básico en la materia.

7. En el contexto y la lógica de funcionamiento descriptos, el control de las pretericiones inconstitucionales y anticonvencionales insufla vida a un dispositivo fiscalizador relevante para acercar los extremos de la brecha existente entre el discurso normativo y las concreciones pragmáticas de los contenidos de la carta fundamental y los instrumentos internacionales con idéntica valoración jurídica.

Las figuras de la anticonstitucionalidad y la inconvencionalidad omisivas aportan a la búsqueda de vías que faciliten *el paso a la acción,* lo que supone honrar la *letra* constitucional y de tales compromisos internacionales relativos a derechos básicos, intrínsecamente consustanciados con la dignidad de la persona humana, que es un valor precipuo.

8. En suma, la tesis aquí defendida es que en Argentina *sí existe una matriz de sustentación sólida para viabilizar la tarea de fiscalización constitucional y convencional*. Asimismo, se hizo foco en la importancia de dinamizar herramientas jurisdiccionales que, sin menoscabar la autoridad democrática del legislador, preserven el volumen normativo de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valor equivalente a ella, resguarden su contenido axiológico y aseguren su supremacía, que puede ser puesta en discusión —como claramente se señalara— *no solo por acción sino también por omisión*.

Bibliografía

Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005.

Bazán, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2a ed. actualiz., México, 2017.

——, "El federalismo argentino en foco: un recorrido crítico", en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2019, t. II.

——, "Cláusula federal y protección de derechos humanos", Buenos Aires, *La Ley,* 2018.

——, "Justicia, política y búsqueda de mayor transparencia en Argentina", en Bazán, Víctor y Fuchs, Marie-Christine (eds. acad.), *Justicia y Política en América Latina*, núm. 6, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2018.

——, "Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión", Buenos Aires, *La Ley-Suplemento Constitucional*, 2009.

Bidart Campos, Germán J., "Las omisiones inconstitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 129, 1988.

Fernández Rodríguez, José Julio, "Omisión legislativa como omisión inconstitucional. Pervivencia de incertezas", *Justicia Electoral*, México, Cuarta Época, vol. 1, núm. 16, julio-diciembre de 2015.

González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", *Obras Completas*, Buenos Aires, vol. III, núms. 82, 89 y 90, 1935.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a ed., Madrid, CEC, 1992.

Maldonado, Leopoldo y Rojas Pruneda, Alejandro, "Amparo por omisión legislativa: algunas reflexiones para el futuro", *Nexos. El juego de la Suprema Corte,* México, 23 de noviembre de 2017.

Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 5a. reimp., Barcelona, Ariel, 1997.

Pizzorusso, Alessandro, "El Tribunal Constitucional italiano", en *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales,* trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, CEC, 1984.

Revenga Sánchez, Miguel, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie "Cuadernos del Rectorado", Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), núm. 22, 2010.

Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997.

Giurisdizione ordinaria e tutela effettiva dei diritti fondamentali

Giuseppe Campanelli

Sommario: I. La giurisdizione ordinaria quale sede ideale per la tutela dei diritti fondamentali. II. Il ruolo della giurisdizione ordinaria nella protezione dei diritti sociali.

I. La giurisdizione ordinaria quale sede ideale per la tutela dei diritti fondamentali

La prima questione posta all'attenzione riguarda la giurisdizione ordinaria e se quest'ultima può essere considerata la sede ideale per la garanzia dei diritti fondamentali nei rapporti tra individui.

Il tema, evidentemente, si presta ad essere esaminato da diverse prospettive, al fine di evidenziare alcuni profili principali che, più di altri, tendono ad identificare le differenti caratteristiche degli ordinamenti all'interno dei quali si può sviluppare il tema della tutela dei diritti fondamentali dinanzi alla giurisdizione ordinaria.

In via preliminare, ritengo, però, possibile analizzare la questione ponendomi un'altra domanda connessa, vale a dire, chiedermi se, per comprendere correttamente il significato della problematica posta, sia necessario partire dal contesto, nel caso di specie la Spagna, all'interno del quale il tema è stato pensato o si possa procedere astraendo dalle peculiarità di tale ordinamento?

Ritengo che la tematica evidenziata sia inevitabilmente connessa con la realtà spagnola e, in particolare, con i sistemi giuridici nei quali è previsto, ad esempio, un ricorso diretto espressamente dedicato ai diritti fondamentali, poiché in questi ultimi è molto differente il ruolo assegnato, in tema di protezione degli stessi, alla Corte Costituzionale piuttosto che ai giudici ordinari.

In connessione con tale ultima affermazione e sempre da un punto di vista metodologico credo, però, che le caratteristiche specifiche dei nostri ordinamenti di appartenenza non debbano rappresentare una forma di condizionamento o un modello di riferimento, ma, come è stato giustamente notato dallo stesso professore Aguiar, possano costituire l'*occasio* per una riflessione più generale.

Tale approccio, infatti, consente, da un lato, di superare i tecnicismi o le specifiche regole processuali dei singoli ordinamenti che spesso sfuggono, in assenza di una piena conoscenza, anche concreta, dei riscontri normativi e giurisprudenziali degli stessi e, dall'altro, permette un confronto più efficace teso a comprendere quale dovrebbe essere il ruolo della giurisdizione ordinaria rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Più in concreto, tuttavia, per entrare maggiormente nel merito della domanda, la stessa, per ragioni oggettive di identificazione, invita ad una chiara e netta distinzione tra i sistemi giuridici che hanno scelto di dotarsi di un rimedio diretto per la protezione dei diritti e quelli che, invece, hanno intrapreso strade diverse, valutando la percorribilità di un ricorso diretto, ma, alla fine, escludendola.

Tale macro distinzione produce un effetto immediatamente percepibile nella misura in cui, nel primo caso è evidente la maggiore attenzione riversata sulla centralità e sulle funzioni esercitate dalla Corte costituzionale, mentre, nel secondo, emerge necessariamente e, in molti casi (come ad esempio l'Italia) viene anche ampiamente valorizzato il ruolo e responsabilizzata la funzione della giurisdizione ordinaria, chiamata, nella protezione dei diritti fondamentali, a supplire l'assenza di uno strumento di tutela diretto riservato ai cittadini e dunque a garantire immediata ed efficacemente i diritti fondamentali. La distinzione sopra ricordata consente poi di riflettere sull'ambito di applicazione delle aree di tutela.

Per ciò che interessa in questo momento, se la giurisdizione ordinaria è chiamata ad intervenire, ciò vuol dire che la stessa è, non solo idonea, ma rappresenta anche lo strumento di tutela maggiormente immediato ed efficace dei diritti fondamentali previsti nel testo costituzionale. La giurisdizione ordinaria, in questo senso, opera una tutela indiretta, nella misura in cui, esercitando la funzione giurisdizionale e risolvendo una controversia concreta, procede a riconoscere e garantire i diritti costituzionali, fondamentali, concretamente coinvolti. Residua ovviamente il caso in cui la tutela dei diritti non possa trovare idoneo riscontro dinanzi alla giurisdizione ordinaria, ma conduca il giudice a sollevare una questione costituzionale di una norma, ritenuta in contrasto rispetto ai parametri costituzionali in tema di diritti, con l'effetto di spostare sull'organo di giustizia costituzionale il compito principale di garantire la protezione degli stessi.

Rispetto a quanto esposto risulta evidente constatare che i tempi e le modalità di tutela possano variare a seconda del "circuito" all'interno del quale il soggetto si trova coinvolto. Da questo punto di vista si tratta, infatti, di valutare anche l'interesse prioritario di chi si attiva per chiedere tutela.

È evidente che attribuire al soggetto un ricorso diretto per la violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente previsti possa rappresentare, almeno formalmente, il punto più alto nell'ambito dei mezzi di tutela accordati poiché dovrebbe immettere il soggetto in un circuito nel quale entra immediatamente a contatto con l'organo di giustizia costituzionale e fa valere una violazione di parametri costituzionali in tempi brevi, non coinvolgendo, in questo caso, la giurisdizione ordinaria.

Da un punto di vista sostanziale, però, tale circuito si poggia su alcune variabili, normalmente legate alla previsione di filtri di ammissibilità, alla identificazione di limiti alla proposizione del ricorso diretto che, di fatto, rendono meno effettivo l'utilizzo di questi strumenti processuali e dunque, più in generale, il sistema di protezione dei diritti.

L'altro circuito, invece, nel quale il soggetto si trova a richiedere una tutela dei diritti fondamentali dinanzi alla giurisdizione ordinaria e, se del caso, dinanzi a quella costituzionale compor-

ta dinamiche differenti. In questo caso la giurisdizione ordinaria dovrebbe tenuto conto della variabilità dei tempi processuali, garantire immediata tutela dei diritti fondamentali violati, pur in assenza di un ricorso diretto, con la variabile rappresentata dalla possibilità di allungare i tempi processuali laddove la norma risulta in contrasto con i parametri costituzionali in tema di diritti e richieda dunque il necessario intervento della Corte costituzionale. Anche in questo caso va valutato l'interesse che si accompagna alla richiesta di tutela. Da un lato c'è un interesse che potremmo definire "di sistema", nella misura in cui coincide, appunto, con un interesse generale che mira ad eliminare dall'ordinamento una norma che si ponga in contrasto con la Costituzione, prescindendo ovviamente e fisiologicamente, dal caso concreto e, dunque, dall'interesse specifico del soggetto.

Dall'altro lato, però, l'interesse "di sistema" si confronta e spesso si scontra con l'interesse "particolare" del singolo che preferisce una tutela immediata ed efficace, fondata anche esclusivamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale ordinaria, percependo l'obbligatorio (quando necessariamente previsto nei sistemi di giustizia costituzionale accentrati) coinvolgimento della Corte Costituzionale come un inutile allungamento dei tempi, con effetti dilatori rispetto alla sua legittima richiesta di protezione dei diritti fondamentali.

Rispetto a questo bivio, un possibile punto di bilanciamento, sempre partendo dalla prospettiva connessa alla valutazione della giurisdizione ordinaria quale sede ideale per la tutela dei diritti, può coincidere con la valorizzazione e la conseguente responsabilizzazione della stessa giurisdizione ordinaria.

Negli anni tale contemperamento è avvenuto soprattutto nel rapporto con la Corte Costituzionale che ha avallato una certa forma di diffusione del giudizio di costituzionalità proprio nel caso in cui tale direzione potesse condurre ad una più celere ed effettiva tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

Con riguardo all'ordinamento italiano, sono stati chiari sintomi di tale tendenza, sicuramente l'interpretazione conforme a Costituzione e l'applicazione diretta della Costituzione che hanno riversato sulla giurisdizione ordinaria il delicato compito

di accordare una immediata protezione dei diritti fondamentali, senza necessariamente coinvolgere la Corte Costituzionale. A tale spinta verso la valorizzazione della giurisdizione ordinaria si è accompagnato poi un rinnovato e sempre più persistente rapporto tra quest'ultima e le fonti sovranazionali (CEDU e Carta europea dei diritti UE su tutte) che hanno ampliato il ventaglio delle forme di protezione dei diritti, assegnando ai giudici nazionali un delicato compito di raccordo.

A fronte di questo ulteriore sintomo di evidente centralità della giurisdizione ordinaria nella tutela dei diritti fondamentali dei singoli, almeno per ciò che concerne l'ordinamento italiano, si è però registrata anche una chiara indicazione della Corte Costituzionale verso un "riaccentramento" delle proprie prerogative in tema di tutela dei diritti, che sta conducendo ad un rinnovato assetto dei rapporti e, dunque, ad un riposizionamento del ruolo della giurisdizione ordinaria che rimane, almeno a mio parere, comunque l'attore principale nel sistema di garanzia dei diritti fondamentali.

Ciò dipende non solo dall'evoluzione sinteticamente ricordata, ma anche e soprattutto dai parametri utilizzabili, spesso in connessione tra loro, e sempre per quelle realtà nelle quali non ci sono strumenti come il ricorso diretto, per la possibilità di garantire espressamente, quella immediatezza, quella effettività e quella efficacia che sul punto costituiscono sicuramente i valori di riferimento.

Le ultime due considerazioni che costituiscono un corollario della affermazione che riconosce alla giurisdizione ordinaria un ruolo essenziale nella tutela dei diritti riguardano, da un lato, la tipologia dei diritti con i quali abbiamo a che fare e, dall'altro, il tema delle garanzie proprie della giurisdizione ordinaria chiamata ad esercitare correttamente le funzioni attribuite.

Non mi dilungherò sulle caratteristiche dei diritti perché è piuttosto nota e ovvia la circostanza che la mera collocazione nel testo costituzionale attribuisca ai diritti una particolare tutela che tende ad essere rafforzata anche e soprattutto dinanzi alla giurisdizione ordinaria. Vale la pena solo ricordare come l'ordinamento italiano attribuisca un particolare ruolo alla giurisdizione nel

caso di diritti costituzionali riconosciuti come inviolabili. In altre parole, in questo momento, non mi sto riferendo solo al tema dell'irrinunciabilità, dell'immodificabilità e dell'universalità che sono caratteri comuni che condividiamo anche con i contesti normativi dell'America Latina sul tema. Il mio specifico pensiero è, invece, dedicato al tema della limitazione dei diritti inviolabili che coinvolge espressamente non solo il legislatore, ma anche, e soprattutto, la giurisdizione ordinaria che si pone, appunto come argine a possibili limitazioni patologiche di diritti costituzionali che vedono riconosciuto il massimo grado di tutela.

Il delicato ruolo attribuito alla giurisdizione ordinaria, per altro verso, impone che sempre a livello costituzionale siano previste non solo garanzie per i diritti, ma che siano anche stabilite forme di tutela per chi è chiamato ad esercitare la funzione giurisdizionale. Da questo punto di vista i testi costituzionali (e quello italiano ne costituisce un esempio piuttosto chiaro) ha previsto una serie di principi che, se correttamente tutelati, consentono alla giurisdizione ordinaria di porsi realmente come sede ideale di protezione dei diritti fondamentali.

Mi riferisco, tra tutti, al tema dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura sia sotto il profilo interno, sia, soprattutto sotto quello esterno, rispetto al possibile condizionamento di altri poteri e di quello esecutivo in particolare. Mi riferisco poi, tra gli altri, al tema della terzietà e imparzialità del magistrato, della sua inamovibilità, dell'obbligatorietà dell'azione penale, del suo regime di responsabilità, principi che descrivono un modello di ordinamento giudiziario capace di consentire alla giurisdizione ordinaria di ergersi, effettivamente, a tutela dei diritti, confidando nella tenuta e nella garanzia dei ricordati principi costituzionali.

II. Il ruolo della giurisdizione ordinaria nella protezione dei diritti sociali

Vorrei poi brevemente accennare anche alla questione relativa alle possibilità e alle difficoltà connesse alla tutela, da parte degli organi giurisdizionali, dei diritti sociali di natura prestazionale.

Il tema è ovviamente molto vasto e, come per la prima tematica, richiede un chiarimento preliminare, volto a delimitare e a circoscrivere i profili in discussione.

Se ho compreso correttamente la *ratio* connessa al delicato profilo posto in discussione dal professore Aguiar, il problema sorge, quando si tratta di diritti sociali che, per definizione, ad esempio con particolare riguardo all'ordinamento spagnolo, non sono protetti direttamente con un ricorso diretto, non sono, in altre parole "amparabili" e, dunque, richiedono strumenti di tutela maggiormente incisivi. Tale dinamica sposta, inevitabilmente, l'attenzione verso la corretta identificazione del ruolo del giudice che diventa molto più delicato e decisivo, non sussistendo la possibilità di coinvolgere immediatamente il giudice costituzionale.

Partendo sempre da una riflessione più generale si può osservare come in tema di diritti sociali, di natura prestazionale, la questione riguardi non tanto e non solo il ruolo del giudice, come avviene con generico riferimento ai diritti fondamentali, ma incida in modo evidente sul ruolo dello Stato, con l'effetto di ricomprendere anche le caratteristiche dell'ordinamento e gli strumenti dettati per il riconoscimento, la protezione e l'effettivo godimento dei diritti sociali. Il problema non può essere, in tal senso, confinato alla competenza del giudice (per materia) e, dunque, al riparto di giurisdizione, ma al miglior sistema posto in essere per tutelare le posizioni soggettive dei cittadini. In altre parole, la questione non si fonda sull'attribuzione del potere, *rectius* delle competenze in materia, quanto piuttosto su una logica maggiormente funzionale, calibrata sull'effettiva attribuzione dei diritti sociali, se possibile molto pratica, tendente non a ragionare sulla *ratio* dei diritti sociali, ma sulle modalità reali della loro sostanziale fruizione e garanzia. In questo caso emergono due prospettive attraverso le quali analizzare il tema del ruolo degli organi giurisdizionali rispetto ai diritti sociali.

Da un lato, si registra la posizione "forte" del cittadino che non è solo meramente processuale, posto che lo stesso vanta, appunto, una posizione soggettiva nei confronti dello Stato e, quindi, delle autorità pubbliche e un'aspettativa che lo Stato, riconoscendo tale condizione, intervenga a garantire il diritto sociale richiesto. Dall'altro lato, si pongono lo Stato, interventista e in

special modo il giudice chiamati il primo a riconoscere e tutelare il diritto sociale e il secondo a garantire concretamente il reale godimento dello stesso sulla base delle condizioni in tal senso poste in essere dallo Stato.

La questione posta dal presidente di questa tavola rotonda non si limita soltanto alla richiesta di una corretta delimitazione dei ruoli dei soggetti istituzionali coinvolti nella protezione dei diritti sociali, ma tende a voler evidenziare anche le diverse possibilità di applicazione e le difficoltà emerse.

Con riguardo a tali ultimi profili, il contesto ottimale, da cui partire, dovrebbe coincidere con un circuito all'interno del quale cittadino, giudice e Stato interagiscono contemporaneamente, in modo collaborativo e, ove necessario, con una logica compensativa, da parte dello Stato e, se del caso del giudice, laddove questi ultimi riscontrino irragionevoli e patologiche differenziazioni nella fruizione e nel godimento dei diritti sociali. Siamo di fronte alle cosiddette "discriminazioni al contrario" che tendono sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale ad isolare e a risolvere l'eventuale disuguaglianza generata nell'ambito dei diritti sociali. Una possibile problematica emersa in tale contesto si fonda sui rilievi emersi a livello di giurisprudenza costituzionale e, a cascata, a livello legislativo e nell'ambito della giurisdizione ordinaria con riguardo alla dicotomia diritti sociali di natura prestazionale ed esigenze generali di natura economico-finanziaria sulle possibilità reali di garantire tale categoria di diritti.

In questa precisa direzione risulta emblematica e significativa, ad esempio con riguardo all'ordinamento italiano, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di estensione delle prestazioni sociali agli immigrati, ambito che risulta particolarmente interessante proprio per il fatto di aver dovuto coniugare il tema dell'ampliamento dell'ambito di applicazione e di tutela dei diritti sociali di natura prestazionale con la limitatezza delle risorse destinate a realizzarlo (a mero titolo riepilogativo si pensi a Corte cost. 252/2001 sul diritto alla salute allo straniero; a Corte cost. 168/2014 sull'accesso al diritto alla casa e, soprattutto, a Corte cost. 22/2015 sul rapporto tra prestazioni socio-assistenziali ed esigenze o, per meglio dire, parametri economico-finanziari).

Sul punto, partendo dal ruolo esercitato dalla giurisprudenza costituzionale il passo successivo è quello di comprendere la stretta connessione che si pone tra legislatore e giudice, l'uno chiamato a prevedere, a livello normativo, strumenti di effettiva tutela dei diritti sociali, in modo compatibile con i principi costituzionali e con i paletti finanziari imposti, e l'altro chiamato, invece, a porsi come garante concreto di tali misure legislative.

Se le linee di intervento del legislatore paiono piuttosto ovvie nella misura in cui lo stesso deve specificare il contenuto essenziale minimo del diritto sociale e, nella logica di uno Stato sociale che interviene, colmare e superare lacune che abbiano prodotto diseguaglianze o discriminazioni che possono sorgere nel godimento dei diritti sociali, molto più delicata appare la posizione della giurisdizione ordinaria che, nel rapporto diritto sociale/esigenze economico-finanziarie, svolge un ruolo evidentemente molto più complesso. In questo senso, infatti, il profilo maggiormente problematico emerge quando ai giudici, chiamati a dare concreta garanzia ai diritti sociali di natura prestazionale, è affidato altresì il compito di adottare decisioni che non hanno soltanto il fine di riconoscere un diritto individuale, ma che implicano anche ricadute in termini economici sulle finanze pubbliche. Risulta perciò estremamente delicato il ruolo affidato, in questo caso, alla giurisdizione ordinaria, poiché lo stesso si pone in una zona di confine molto labile, posta tra la garanzia pura dei diritti e l'attuazione sostanziale di un diritto sociale, quando questa comporta, tra l'altro, scelte di spesa rimesse alle priorità e alle valutazioni di competenza propria dell'organo politico.

Un altro profilo problematico che mi preme segnalare e che coinvolge direttamente la giurisdizione e i diritti sociali è connesso alla qualificazione e alle dinamiche di questi ultimi. Mi riferisco ad alcune ipotesi che possono verificarsi, in ambito applicativo, nell'ambito delle diverse tipologie dei diritti sociali e che comportano un importante ruolo di bilanciamento in capo all'autorità giudiziaria. In dottrina, al fine di identificare correttamente il compito affidato ai giudici in relazione ai diritti sociali di natura prestazionale, questi ultimi vengono, infatti, considerati secondo due prospettive distinte. Da un lato, i diritti sociali sono trattati secondo una prospettiva solo "difensiva", in base alla qua-

le la loro lesione deve portare sempre e comunque a un'efficace, immediata ed effettiva protezione giudiziaria, indipendentemente dalla loro natura e, dall'altro, i diritti sociali sono classificati secondo una logica che può essere definita come "pretensiva", nella misura in cui il cittadino rivendica e richiede il godimento del diritto sociale e l'eliminazione di qualsiasi disuguaglianza, non solo attraverso la tutela giurisdizionale, ma anche attraverso l'intervento coordinato del giudice, del legislatore e se del caso della Corte costituzionale.

É evidentemente molto più ampio, in quest'ultimo caso, il ruolo della giurisdizione ordinaria che deve andare ad individuare l'irragionevole disparità di trattamento, coinvolgendo le funzioni proprie della Corte costituzionale per l'eventuale eliminazione di quelle disposizioni che violano i parametri costituzionali in tema di diritti sociali e, di fatto, sollecitando l'intervento del legislatore.

Omisiones legislativas y derechos fundamentales

Francisco Javier Díaz Revorio

Sumario: I. Introducción: justicia constitucional y legislador en el Estado democrático. II. Estado social y omisiones legislativas. III. Las omisiones legislativas: concepto y tipos. IV. Las omisiones inconstitucionales como problema: posibles soluciones y remedios. V. Reflexiones finales.

I. Introducción: justicia constitucional y legislador en el Estado democrático

Es un argumento bastante recurrente el señalar la tensión existente entre justicia constitucional y democracia. Pero en realidad, esa tensión solo existe si se parte de un concepto restringido de democracia, equivalente a principio mayoritario. Ciertamente, y en la medida en que corresponde a la justicia constitucional el control de constitucionalidad de la ley, desde sus orígenes, pero sobre todo desde el inicio de la jurisdicción constitucional basada en el modelo kelseniano, hace ahora exactamente un siglo, la tensión entre el Tribunal Constitucional y el legislador y, por tanto, entre justicia constitucional y principio mayoritario, es constante. Se diría que el propio diseño del Tribunal Constitucional como "legislador negativo", capaz de expulsar del ordenamiento la obra del legislador positivo, favorece o provoca esa tensión, ya que la jurisdicción constitucional actúa así como un nuevo poder, y en cierto sentido como una "cuña" entre los poderes clásicos.

Pero, como he apuntado, la indudable tensión entre justicia constitucional y principio mayoritario solo puede conllevar esa misma tensión con el principio democrático si ambos principios se equiparan. Sin embargo, un concepto amplio —y a mi juicio mucho más acertado— de democracia incluye no solo la idea de decisión por mayoría, sino también la necesidad de imponer límites a esa mayoría, a cualquier mayoría. Esos límites pasan precisamente por el respeto a la minoría parlamentaria o extraparlamentaria, pero también el individuo. De este modo, aparecen los derechos fundamentales como elemento esencial de la democracia, y los mecanismos existentes para garantizar que la mayoría los respete no pueden considerarse contrarios a la idea de democracia, ni siquiera que entren en tensión con ella. Antes al contrario, en realidad todo sistema democrático debe garantizar los derechos por encima de la decisión mayoritaria. Y así como el encargado principal de adoptar esa decisión mayoritaria es el legislador, el principal garante de los derechos es la justicia constitucional. Esta idea está presente ya en el primer constitucionalismo contemporáneo (y, de forma más remota, tiene antecedentes mucho más lejanos). Los autores de *El Federalista* fueron conscientes del riesgo de que, sin un control del legislador, la democracia degenerase en una "tiranía de la mayoría". Y encomendaron ese control al poder judicial, considerado, al contrario que el propio legislador, "la rama menos peligrosa" de los tres poderes.

De este modo, decisión por mayoría y garantía de los derechos aparecen como dos pilares de la democracia, y el legislador y la justicia constitucional como los principales garantes de cada uno de ellos. Aunque no de forma exclusiva, porque la justicia constitucional también ha de garantizar que el legislador respeta los procedimientos de formación de la voluntad mayoritaria, del mismo modo que el legislador también desarrolla los derechos. Con todo, en los inicios del llamado "modelo kelseniano", y sobre todo en su diseño teórico, la apuntada tensión entre ambos poderes podía resolverse gracias a una delimitación bastante clara de la posición y funciones de uno y otro. Pero, en la práctica, pronto las cosas dejaron de ser así, no solo por las dificultades que suele plantear la puesta en práctica de todo modelo o diseño teórico, sino sobre todo por la evolución de los parámetros en los

que este se basaba, y en particular en la posición de legislador y justicia constitucional, en el Estado social. Y es en ese contexto en el que cobra protagonismo (incluso dramatismo) el problema de las omisiones legislativas inconstitucionales.

II. Estado social y omisiones legislativas

En efecto, en el diseño kelseniano la Constitución es, sobre todo, un conjunto de reglas del juego, y en esencia la regulación del procedimiento de las diversas formas de producción jurídica. En definitiva, la regulación de las fuentes del derecho y el papel de los órganos del Estado en su producción. En todo caso, la función es, sobre todo, un marco, y el Tribunal Constitucional, como garante de esta, debe limitarse a velar porque la ley no se salte las reglas de ese marco, ni choque frontalmente contra sus parámetros. En este contexto, no se plantea el problema de la inconstitucionalidad por omisión, ni se establecen procedimientos específicos para afrontar esta posible situación.

Pero poco a poco los textos constitucionales irán incorporando principios materiales que suponen, a la vez, mandatos de actuación al legislador y a todos los poderes públicos. Esta idea es propia del modelo del Estado social, y aunque cuenta con precedentes de importancia como la Constitución de México de 1917, Weimar en 1919 o la Constitución española de 1931, su gran desarrollo se va a producir tras la Segunda Guerra Mundial. No es posible analizar aquí las transcendentales consecuencias del Estado social en el ámbito de los derechos y del constitucionalismo. Baste apuntar que aparecen nuevos derechos del ámbito económico, social y cultural, que se caracterizan en su mayoría por ser derechos prestacionales, lo que implica el establecimiento de mandatos para los poderes públicos, necesarios para hacer reales y efectivos dichos derechos, u otros principios constitucionales. Se trata, muchas veces, de mandatos que implican la fijación de fines cuya realización es necesariamente progresiva, y cuyo logro nunca se llega a alcanzar plenamente, por lo cual siempre es necesario seguir poniendo los medios para ello. A este tipo de normas se las suele denominar normas programáticas. Su carácter jurídico plenamente vinculante ha sido a veces cuestionado y sin

duda —como vamos a ver— es complejo establecer un mecanismo de control o garantía sobre su cumplimiento. Pero aunque se puedan defender ese carácter y ese control, es incuestionable la especialidad de este tipo de normas, y su notorio impacto sobre la posición que el legislador tiene ante la propia Constitución.

Si la Constitución impone actuaciones positivas a los poderes públicos (y en especial al propio legislador), entonces la inconstitucionalidad ya no solo puede producirse en el caso de la aprobación de normas o realización de actuaciones contrarias a la Constitución... sino también en el supuesto de inacción, es decir, de incumplimiento por omisión de esos mandatos que derivan de la Constitución. Y es así como aparece el problema de la posible inconstitucionalidad de la omisión.

En realidad, la situación descrita viene a aproximar el posicionamiento de legislador y Tribunal Constitucional, y en cierto sentido a confundir sus papeles y funciones. Como la Constitución contiene mandatos de actuación, cada vez más y más amplios, el legislador va alejándose de su posición como poder mayoritario que puede actuar discrecionalmente, con el único límite o marco general de la propia norma fundamental. Las constituciones han ido pasando de un papel de "marco" a un papel de "programa", y el legislador se convierte cada vez más en un "desarrollador" o incluso "ejecutor" de la Constitución. Pero, por su parte, el Tribunal Constitucional se aleja de su posición de legislador negativo, que con criterios estrictamente jurisdiccionales se limita a señalar qué leyes son contrarias a ala Constitución. Se ve cada vez más empujado a señalar lo que tiene de inconstitucional la inacción de los poderes, y en particular del legislador, y ello le va ubicando en una posición creadora de derecho constitucional. Además, como los parámetros constitucionales con, cada vez más, principios generales y ambiguos, el margen de discrecionalidad que adquiere la justicia constitucional en su interpretación es muy intenso. Así, el legislador va pasando de creador libre a ejecutor, cada vez más reglado; y el Tribunal Constitucional, de legislador negativo que actúa con estrictos criterios jurisdiccionales reglados, a creador discrecional de derecho. Y en el centro de este cambio obligado de paradigma aparece el problema de las omisiones legislativas, que manifiestamente no puede afrontarse

con los criterios y procedimientos propios del modelo originario de jurisdicción constitucional.

III. Las omisiones legislativas: concepto y tipos

No es posible, en el contexto de estas páginas, llevar a cabo un examen minucioso del concepto y tipología de las omisiones legislativas, al cual me he referido más ampliamente en trabajos previos; pero resulta necesario dar una idea previa, antes de analizar sus implicaciones, y el problema de su posible inconstitucionalidad.

Por lo demás, el propio concepto de omisión, su relación con el de laguna, y la propia posibilidad de que existan, en sentido propio, lagunas u omisiones normativas, son objeto frecuente de debate y controversia. A veces se ha defendido que la omisión es la inacción del legislador, mientras que la laguna es su consecuencia. O que la laguna es una ausencia "involuntaria" de norma, mientras que la omisión implica una falta deliberada de actuación del legislador. En la práctica, me parece que la distinción entre ambos conceptos no es fácil, pero ciertamente la idea de laguna suele utilizarse para aludir a una ausencia de previsión normativa expresa (que podrá o no resolverse vía interpretativa, pero que en todo caso no puede calificarse como lícita o ilícita en términos jurídicos), mientras que la omisión suele conllevar la idea de una falta de actuación "consciente", que en ciertos casos puede resultar ilícita, y lo resultará siempre que la inacción proceda del legislador y este tenga el deber de actuar de acuerdo con alguna previsión constitucional. Es por ello que, desde el punto de vista de su valoración constitucional, se prefiere el término "omisión", y solo a este se le suele acompañar del adjetivo "inconstitucional". Al menos en línea de principio, es extraño pensar en una laguna "inconstitucional", porque la laguna sería un resultado, una circunstancia fáctica constatable, y una vez constatada puede colmarse, bien por vía de los criterios argumentativos habituales (en especial, para este caso, la analogía), bien, cuando proceda, aplicando directamente la respuesta derivada de la Constitución.

Si lo anterior es cierto, y es aplicable igualmente a omisiones legislativas explícitas, cabe pensar si realmente es posible que existan lagunas en el plano de las normas, es decir, de las respuestas o soluciones jurídicas a un supuesto de hecho, o solo en el terreno de las disposiciones, es decir, de los textos normativos y sus previsiones explícitas. En este sentido, todas las lagunas y omisiones serían "aparentes" y podrían resolverse por la vía de la interpretación del derecho, dando siempre prioridad a la norma suprema. De acuerdo con esta idea, y en mi opinión, solo puede hablarse de "omisión" desde el punto de vista del texto o disposición legislativa, pero no desde el de la norma. Si el ordenamiento está en condiciones de dar una respuesta a cualquier supuesto que pueda plantearse (o incluso si se piensa que la plenitud del ordenamiento no es más que una ficción, pero en definitiva el aplicador del derecho debe actuar *como si* el ordenamiento fuera completo) es porque siempre hay una norma aplicable al caso. Si no hay texto legislativo que regule una materia, o si el existente resulta incompleto, la norma aplicable podrá hallarse de acuerdo con los criterios habitualmente usados en la interpretación (analogía, interpretación extensiva, interpretación *a contrario*, principios generales del derecho... o, en su caso, aplicación directa de la norma constitucional), pero siempre ha de darse una solución normativa al supuesto planteado. No hay, por tanto, omisiones o lagunas en el plano de la norma. De manera que la omisión legislativa textual deberá siempre subsanarse encontrando una norma aplicable, mediante la interpretación.

Eso sí, es posible que en el plano del ordenamiento infraconstitucional, ate una laguna o ausencia de disposición, puedan encontrarse alternativamente varias normas; en tal caso, habrá que elegir la más acorde con la Constitución, y habrán de descartarse todas las normas contrarias a la norma fundamental. Si la única o únicas normas aplicables al caso en el plano del ordenamiento infraconstitucional son contrarias a la norma suprema, entonces nos encontraremos ante una omisión inconstitucional en el sentido más estricto. En este sentido, la idea de una omisión inconstitucional quedaría reservada para aquellos supuestos en los que la norma extraída de la legislación ordinaria, mediante argumentación e interpretación jurídica (o en su caso, mediante analogía

o utilización del argumento *a contrario sensu*) resulta contraria a la norma constitucional. Por tanto, podríamos definir omisión legislativa como la *ausencia de texto o disposición legal —o carácter incompleto de la disposición legal existente— que puede generar una norma contraria a la Constitución*. En efecto, la ausencia total o parcial de disposición legislativa (esto es, la omisión) ha de subsanarse encontrando la norma aplicable vía interpretativa; en este momento cabe resolver la omisión mediante una "interpretación conforme". Solo si esta interpretación no es posible, y la norma derivada del ordenamiento infraconstitucional resulta contraria a la norma suprema, estaremos ante una omisión legislativa inconstitucional.

Todavía hay que distinguir, dentro del concepto de omisión, entre omisiones absolutas y relativas. Partiendo de esta definición, las primeras supondrían la ausencia total de aprobación de una ley que la Constitución impone o, algo más ampliamente, la falta absoluta de ejecución de un mandato constitucional. En cambio, las omisiones relativas se caracterizan precisamente porque sí existe una ley (impuesta o no por la Constitución), pero cuyas previsiones no cumplen cabalmente un mandato constitucional. La ley, por tanto, no plantea ningún problema por lo que prevé, sino por lo que no prevé. Tal sería el caso, por ejemplo, de una previsión legislativa que establece determinada prestación para un colectivo, sin preverlo para otro que, en virtud del principio de igualdad, sería acreedor a un trato idéntico. En tal supuesto, si cabe interpretar que la prestación es aplicable, por ejemplo por analogía, al colectivo no mencionado en la ley, podríamos entender que estamos ante una laguna aparente, subsanable vía argumentativa. Si, en cambio, cabe entender que hay una exclusión implícita de ese colectivo, estaríamos ante una norma implícita derivada de la ley y que resultaría inconstitucional, es decir, exactamente ante una omisión legislativa parcial inconstitucional.

Si bien las omisiones absolutas y relativas tienen en común la falta de una actuación (o de una actuación "completa" del legislador), y en consecuencia el riesgo de que la jurisdicción constitucional, tratando de resolverlas, termine por suplantar u ocupar la posición del legislador, las diferencias en cuanto a sus remedios, como veremos, sin apreciables. En las omisiones relativas

tenemos una ley, susceptible de interpretación, de impugnación, e incluso de declaración de inconstitucionalidad total o parcial. En las omisiones absolutas, la falta de esa intervención legislativa dificulta su control a través de los diversos procedimientos constitucionales, al menos en el caso de que estos requieran como objeto de impugnación una norma, lo que obliga a buscar vías específicas, o a utilizar otro tipo de remedios, pensados en principio para otros supuestos.

IV. Las omisiones inconstitucionales como problema: posibles soluciones y remedios

De lo anterior puede deducirse que el concepto aquí expuesto de omisión legislativa implica un problema de cuestionamiento de licitud, en definitiva de inconstitucionalidad. Cuando la omisión del legislador es una opción posible dentro del marco constitucional, no plantea problema, e incluso no puede hablarse propiamente de omisión. Cuando una norma no se "echa de menos", nadie habla de omisión. Se habla de omisión (o incluso de laguna) cuando se considera que debe existir una respuesta jurídica a un problema, y esta no se encuentra explícitamente en la norma.

Por esa misma razón, y como ya se ha explicado antes, el modelo kelseniano no se planteaba la cuestión de la posible inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, toda vez que la Constitución se concebía como un mero marco, dentro del cual la inacción del legislador siempre sería lícita. Ya hemos visto como esa posición es hoy inadmisible, pero es importante incidir en la idea, porque el diseño kelseniano resultaba coherente y respondía a una lógica determinada, basada en el positivismo y en un sistema de fuentes jerarquizado y formado esencialmente por reglas. Y aunque todos estos presupuestos deban hoy revisarse, o al menos matizarse, no tenemos un modelo sustitutivo con la misma coherencia, y en la práctica nuestros tribunales constitucionales siguen, en su mayor parte, respondiendo a los parámetros kelsenianos, aunque con numerosas "adaptaciones" y remedios concretos frente a los nuevos problemas. Pero, en esencia, el esquema del "legislador negativo" se sigue aceptando como modelo o referencia general, y desde luego, en mi humilde

opinión, nadie ha sido capaz de construir un nuevo paradigma completo y coherente que permita explicar y justificar el "ser", pero sobre todo el "deber ser" de los actuales órganos de jurisdicción constitucional. En lo que nos interesa, la mayor parte de la doctrina coincide en que el modelo de "legislador negativo" es insuficiente o incompleto para entender la realidad actual, pero ni los más activistas defienden abiertamente que un Tribunal Constitucional pueda y deba actuar como un legislador positivo.

Las reflexiones anteriores resultan oportunas para contextualizar el problema de las soluciones o remedios frente a las omisiones legislativas inconstitucionales. En mi opinión, no existe una única solución legítima y universal para este tipo de situaciones. Lo que encontramos, en su lugar, es un conjunto de "remedios" dispersos y diferentes en los distintos ordenamientos jurídicos, para afrontar las distintas situaciones generadas por la inacción del legislador cuando esta es debida; y ello con un criterio en general mucho más pragmático que de "diseño" de un modelo alternativo.

Con todo, la experiencia de décadas para afrontar el problema nos ofrece, si hacemos un rápido repaso del derecho comparado, distintas posibilidades que resultarán más o menos idóneas según los sistemas, e incluso según el caso concreto de omisión. Hace tiempo hice un moderado repaso por el derecho comparado europeo, partiendo del particular contexto o situación de cada uno de los sistemas constitucionales analizados. Así que en este momento prefiero, manteniendo las ideas esenciales, mencionar los principales instrumentos conocidos, dando una breve valoración de cada uno de ellos, y en su caso actualizando las ideas que en su momento plasmé. A ello dedicaré las próximas páginas.

4.1. La interpretación conforme

Como he apuntado, algunos supuestos de lo que a veces se consideran "omisiones", en realidad podrían afrontarse como "lagunas aparentes", y resolverse a través de la analogía o de una interpretación de la ley conforme a la Constitución. Hay que destacar que la interpretación conforme es una labor que pueden y deben hacer todos los jueces y a través de todos los procedimientos, y

que en cierto modo convierte a todo juez en un juez constitucional, en la medida en la que le obliga a interpretar y aplicar la ley de conformidad con la Constitución y, por la misma razón, a descartar expresamente aquellas interpretaciones que resultan contrarias a la Constitución, lo que desde el punto de vista del contenido normativo de un precepto no deja de ser una labor de depuración del ordenamiento.

Un buen ejemplo de lo que digo puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Constitucional español 222/1992, de 11 de diciembre. En síntesis, se trataba de valorar la constitucionalidad de la norma que preveía la subrogación en los arrendamientos urbanos del cónyuge del arrendatario fallecido, y el motivo de la impugnación era la falta de toda previsión sobre la solución a dar al caso de un conviviente *more uxorio* en idéntico supuesto. El Tribunal Constitucional, aun cuando resuelve el caso mediante una sentencia aditiva que declara la inconstitucionalidad de la norma "en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido", considera la cuestión admisible a pesar de que el juez proponente argumentaba en su auto a favor de una interpretación del precepto conforme a la Constitución. Por tanto, supuestos de este tipo podrían, a mi juicio, resolverse por los propios jueces llevando a cabo una interpretación conforme, siempre que se respeten los parámetros y límites de esta técnica. De este modo, esta puede utilizarse en no pocos casos como remedio frente a una laguna u omisión, al menos siempre que esta pueda "colmarse" vía interpretativa y sin contradicción con el propio texto de la disposición impugnada.

4.2. La tipología de los pronunciamientos y las sentencias aditivas

En otros casos, frente a omisiones legislativas parciales, nos encontramos con que la ley que podríamos denominar "incompleta" puede ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, u órgano equivalente de justicia constitucional, a través de los diversos procesos de control de constitucionalidad. Ello ha obligado, no solo en estos supuestos, sino también en otros, a

la emanación de diversos tipos de pronunciamientos diferentes a los de constitucionalidad pura o inconstitucionalidad total. Son lo que podríamos denominar "tipos intermedios" de sentencias, que englobarían:

a) Por un lado, las llamadas sentencias interpretativas, en las que se indica cuál es la interpretación de la ley conforme a la Constitución, o se descarta una interpretación contraria a la misma. Estas, a su vez, podrían ser formalmente estimatorias —se declara que el precepto es inconstitucional si se interpreta... en un sentido determinado— o formalmente desestimatorias —se declara la constitucionalidad del precepto si se interpreta... en un sentido determinado—. Aunque en la práctica parece haberse impuesto la segunda formulación (interpretativas desestimatorias), probablemente con el argumento de que son más deferentes respecto a la labor del legislador, ya he explicado reiteradamente cómo en mi opinión —que asumo como minoritaria— sería preferible la fórmula estimatoria, no solo por razones de seguridad jurídica (todo lo que no es totalmente constitucional es parcialmente inconstitucional, y así debería declararse), sino también, y aunque pueda resultar paradójico, de mayor respeto a la obra del legislador y a la labor de los jueces ordinarios, ya que con esa fórmula solo se descarta la interpretación considerada inconstitucional en el proceso, dejando cualquier otra posible interpretación, presente o futura, que puede no haberse siquiera considerado y podría ser perfectamente constitucional. En cambio, con la fórmula desestimatoria se impone una interpretación constitucional, que en la práctica será la única para el futuro.

b) Por otro lado, estarían las llamadas "sentencias manipulativas" que declaran la inconstitucionalidad parcial de un precepto, en la medida en que prevén o no "algo" que deberían prever para ser conformes con la Constitución. Pero incluso este grupo comprendería tres tipos de decisiones:

i) sentencias reductoras, que son las que señalan que el precepto es inconstitucional "en la parte en que..." o "en cuanto..." prevé o incluye "algo" contrario a la nor-

ma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional "por exceso";

ii) sentencias aditivas, que indican que un artículo es inconstitucional "en cuanto no prevé...", o "no incluye...", o "excluye..." "algo" que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. Se trata en este caso se una inconstitucionalidad "por defecto", pero que tampoco implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto, y

iii) sentencias sustitutivas, cuyo fallo afirma que el precepto es inconstitucional "en cuanto prevé..." o señala "algo", "en lugar de" otra cosa que debería prever para ser constitucional.

Desde la perspectiva de los "remedios" frente a las omisiones legislativas, en un sentido amplio, todos estos tipos de pronunciamiento pueden ser útiles, y de hecho todos ellos han sido utilizados en alguna ocasión. Como se ha visto, algunas omisiones o lagunas "aparentes" pueden resolverse por la vía interpretativa, de manera que, al igual que podrían integrarse por los jueces ordinarios mediante la técnica de la interpretación conforme, pueden dar lugar a una sentencia interpretativa. Pero, en el sentido más estricto de omisión legislativa inconstitucional, el tipo de pronunciamiento que más fácilmente podría afrontarla sería un fallo aditivo. En efecto, si una ley es inconstitucional no por lo que prevé o incluye, sino por lo que no prevé (y es claro que lo excluye), una forma de adaptar el precepto a la Constitución es declararlo inconstitucional "en cuanto excluye". Esto puede explicarse, como han hecho algunos autores, como la declaración de inconstitucionalidad de una norma implícita excluyente. Por poner otro ejemplo basado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la STC 3/1993, de 14 de febrero, debe valorar la constitucionalidad de un precepto de la antigua Ley General de la Seguridad Social que establecía determinadas prestaciones a favor de familiares para las "hijas y hermanas". El Tribunal no cuestiona que esa mención significa de forma inequívoca la exclusión de los hijos y hermanos varones, pero considera que tal norma es inconstitucional, no obviamente por la previsión de la prestación en sí, sino por la exclusión de los varones. Hay, por

tanto, una norma implícita excluyente, pero no es posible reflejar esa inconstitucionalidad en el texto de la disposición (si este se hubiera declarado íntegramente inconstitucional, la propia prestación se hubiera expulsado del ordenamiento, lo que, aparte de no ser procedente, podría generar una situación todavía más inconstitucional). Por ello, en su fallo, el Tribunal Constitucional declara que el precepto es inconstitucional "en cuanto excluye a hijos y hermanos".

Este ejemplo nos permite advertir que la sentencia aditiva puede ser un remedio frente a esa omisión relativa, pero también plantea el cuestionamiento que, al menos en ciertas ocasiones, se puede hacer a esta técnica: el fallo del Tribunal genera un efecto aditivo o expansivo del contenido normativo, que puede ir más allá de lo querido por el legislador, y por ello, en cierto sentido, hace que el Tribunal ocupe esa posición de legislador positivo. La cuestión es todavía más discutible cuando esta extensión impone al poder público un gasto mayor, previsiblemente no presupuestado, dando lugar a lo que la doctrina italiana ha denominado "aditivas de gasto".

Por tanto, las sentencias aditivas son muchas veces un remedio rápido y eficaz para solventar, de inmediato, los problemas de una omisión relativa inconstitucional, pero pueden resultar más cuestionable que otros desde la perspectiva de la injerencia, por parte del Tribunal Constitucional, en la posición del legislador. Por eso a veces pueden resultar preferibles, si están previstas en el ordenamiento de que se trate, otras alternativas.

4.3. La inconstitucionalidad sin nulidad

Es esta una técnica que, al igual que las sentencias aditivas, puede utilizarse frente a leyes que contienen omisiones relativas, que pueden generar situaciones inconstitucionales, cuando se trata de una inconstitucionalidad que no se puede ubicar concretamente en un inciso o parte del texto cuestionado, sino que deriva del contenido normativo implícitamente derivado de la regulación (o de su ausencia). Al margen de estos casos, la inconstitucionalidad sin nulidad también se ha utilizado en supuestos en los que no existe una laguna previa, sino una regulación legal

completa pero inconstitucional, que sin embargo no conviene anular o derogar, porque la laguna que entonces se crearía generaría una situación todavía más inconstitucional. Se trata en estos casos, por tanto, no de corregir o solventar una laguna existente, sino de evitar la laguna que podría crearse tras una sentencia de inconstitucionalidad.

Respecto al uso de sentencias aditivas o manipulativas, la inconstitucionalidad sin nulidad parece contar con la ventaja de ser una fórmula más respetuosa con la función del legislador, y con el papel del propio Tribunal Constitucional como "legislador negativo". Pero plantea a mi juicio otros dos problemas de importancia: *a)* por un lado, permite la pervivencia en el tiempo de normas cuya constitucionalidad ha sido constatada y declarada, de manera que se retrasan los efectos de la inconstitucionalidad y se acepta una situación de inconstitucionalidad por un período más o menos concreto, y *b)* por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, en principio la jurisdicción constitucional no podría adoptar legítimamente una medida de este tipo sin que la Constitución o su legislación específica se lo permita, pues de lo contrario parecería estar abjurando de su esencial función de depuración del ordenamiento constitucional.

Probablemente por ello, la valoración de esta técnica debe ser diferente en países como Austria y Alemania, donde consta con cobertura legal expresa (en Alemania se reformó precisamente la Ley del Tribunal Constitucional Federal hace décadas, para prever que sus pronunciamientos podrían implicar la declaración de la ley como "compatible con la Constitución, incompatible o nula", rompiendo así el habitual vínculo entre inconstitucionalidad y nulidad), que en aquellos otros como en España, donde no solo no cuenta con dicha habilitación, sino que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional afirma expresamente que cuando este declare la inconstitucionalidad de una ley, "declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados" (art. 39.1).

No obstante, incluso con estos parámetros, el Tribunal Constitucional español ha recurrido a esta técnica cuando lo ha visto necesario, desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad del sistema de acumulación de rentas familiares previsto en la legislación del impuesto sobre la renta,

pero constatando que existen diversas alternativas para reparar dicha inconstitucionalidad, entre las cuales no debe elegir el propio Tribunal; y constatando también que la declaración de nulidad de la regulación legal en su conjunto generaría unos efectos devastadores, optó por la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad. Fundamentó su decisión afirmando que "la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de este, sino en su omisión" (f.j. 11). Luego ha vuelto a utilizar esta técnica por razones de seguridad jurídica, por ejemplo cuando se ha pronunciado sobre leyes presupuestarias inconstitucionales muchos años después de su ejecución (p. ej., SSTC 13/1992, de 6 de febrero, f.j. 17; 16/1996, de 1 de febrero, f.j. 8; 68/1996, de 18 de abril, f.j. 14), o para evitar crear lagunas peligrosas o abiertamente inconstitucionales, por ejemplo cuando se ha declarado inconstitucional una ley estatal que protegía un espacio natural de alto valor medioambiental, por el único motivo de la invasión de competencias autonómicas, siendo que, en el caso, todavía no existía legislación autonómica protectora de dicho espacio, de manera que la nulidad de la legislación estatal habría dejado desprotegido dicho espacio (caso *Marismas de Santoña,* STC 195/1998, de 1 de octubre).

En todo caso, y como indico, la técnica de la "mera incompatibilidad" o la inconstitucionalidad sin nulidad, aunque acaso más deferente con el legislador, es también muy delicada y plantea no pocas cuestiones, y no debería utilizarse sin cobertura legal expresa. En España se intentó introducir esta cobertura en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que se llevó a cabo en 2007, y de hecho figuraba en el proyecto de aquella ley. Pero una enmienda aprobada en el Senado terminó por mantener la regulación actual, que sigue vinculando de forma rígida la inconstitucionalidad y la nulidad.

4.4. Las apelaciones y los plazos

En este apartado podemos agrupar un amplio elenco de medidas o instrumentos, que pueden obedecer a muy diversas circunstan-

cias, y producirse en diferentes contextos. En principio, y como es evidente, este tipo de recursos excede de la función "clásica" de la justicia constitucional, que puede determinar lo que el legislador ha hecho de forma inconstitucional, pero en modo alguno dar a este pautas sobre cómo ha de desarrollar o cumplir los mandatos constitucionales. Por la misma razón, este tipo de apelaciones, advertencias, admoniciones, consejos o recomendaciones no deberían, con carácter general, considerarse vinculantes. Si se limitan a "recordar" un mandato constitucional, la obligación del legislador nace de la propia Constitución, y no tanto de la sentencia constitucional. Si van más allá, especificando o desarrollando *cómo* ha de afrontar el legislador ese desarrollo constitucional, parece claro que exceden del papel que corresponde desempeñar a la justicia constitucional.

Dicho esto, hay que admitir que, tarde o temprano, casi todos los tribunales constitucionales terminan por acudir a este tipo de técnicas, tratando normalmente de "orientar" una futura intervención del legislador, que por diversas razones se considera necesaria. Por ello, estas apelaciones pueden acompañar a sentencias de inconstitucionalidad y nulidad, para establecer las pautas de una futura intervención legislativa, pero también muchas veces a sentencias que declaran la constitucionalidad, pero entienden que sería preferible, o más acorde con la Constitución, otro tipo de legislación. Incluso en Italia se conocen las sentencias que declaran que la ley "no es todavía inconstitucional" pero que advierten de que, si no se produce una futura intervención legislativa, podrá serlo con el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta que la adaptación a mandatos constitucionales de realización progresiva puede conllevar un margen o "plazo razonable" por parte del legislador, pero desde luego ese plazo no puede ser indefinido o inexistente. Con todo, parece enormemente cuestionable el establecimiento de plazos específicos, salvo que su legislación le permita al Tribunal Constitucional otorgarlos.

Además de los supuestos anteriores, y ya en relación más directa con el problema de las omisiones inconstitucionales, este tipo de llamadas y plazos al legislador pueden acompañar a las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad o "mera incompatibilidad" a las que nos acabamos de referir, como recurso para evitar que la situación de inconstitucionalidad, constatada pero

que no ha conllevado la expulsión del ordenamiento de la norma inconstitucional, se perpetúe en el tiempo. En el caso de Austria, el establecimiento de un plazo es una posibilidad que la ley otorga al Tribunal Constitucional, lo cual sin duda da una legitimidad a esta técnica, de la que otro modo en principio carecería. En España, aunque no existe ninguna previsión de este tipo, el Tribunal Constitucional ha acudido a veces a plazos más o menos genéricos o implícitos. Por ejemplo, en la citada sentencia sobre la tributación conjunta de la renta, señaló que antes del siguiente ejercicio tributario debería estar aprobada la nueva regulación; y en el caso *de las Marismas de Santoña* indicó que la mera aprobación futura de la legislación autonómica desplazaría a la ley estatal considerada inconstitucional.

4.5. El amparo y otros procesos de tutela

Es este un procedimiento específico para la tutela de los derechos fundamentales, que en principio podría considerarse alejado de la problemática de la inconstitucionalidad por omisión. Pero una omisión legislativa puede generar una vulneración de los derechos fundamentales. En tales casos, es perfectamente posible que los actos de la Administración o del poder judicial, que apliquen el derecho vigente interpretado, por culpa de la ausencia de ley de desarrollo de un derecho, de forma lesiva para dicho derecho, puedan ser impugnados por las vías procesales previstas para ello, tanto por las ordinarias como por las específicamente encaminadas a la tutela de los derechos.

Por tanto, la utilización del amparo y de otros procesos con estos propósitos es perfectamente posible, lo que no implica que la reparación del derecho vulnerado sea siempre fácil, o incluso posible por esta vía. En ciertos casos, ante una omisión legislativa, la justicia constitucional podría resolver el caso concreto mediante la aplicación directa e inmediata de la Constitución, otorgando, si procede, el amparo al recurrente. Pero en otros casos, diversos factores pueden impedir que, ante la ausencia de intervención legislativa, el derecho pueda ser ejercido hasta el momento en el que el legislador regule determinados de sus aspectos. Así, el Tribunal Constitucional español consideró en su

día que la ausencia de regulación de la objeción de conciencia al servicio militar no podía impedir el ejercicio de este derecho, cuyo contenido esencial, derivado directamente de la Constitución, impedía que se impusiera la obligación de prestar servicio militar a los jóvenes objetores (STC 15/1982, de 23 de abril). En cambio, la falta de regulación de la creación de emisoras de televisión privada de ámbito nacional fue entendida como un obstáculo insalvable para la efectiva posibilidad de crear esas emisoras y transmitir (STC 12/1982, de 31 de marzo). Pero en el ámbito de la regulación de la televisión local, la ausencia de regulación se entendió como impeditiva en cuanto a la creación de emisoras por ondas hertzianas, debido a la limitación del espacio radioeléctrico y a la consiguiente necesidad de regular las concesiones (STC 88/1995, de 6 de junio); pero no así en el caso de la televisión por cable, supuesto en el que el Tribunal entendió que era perfectamente posible la transmisión directamente amparada por la protección constitucional de las libertades de expresión e información, a pesar de la ausencia de regulación legal, pues en tal caso no se daban las circunstancias limitativas y condicionantes de la televisión por ondas hertzianas (STC 31/1.994, de 31 de enero, y otras posteriores).

Un caso muy interesante fue la respuesta que el Tribunal Constitucional dio en su día a la negativa de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, debida a la ausencia de regulación legal, y considerada discriminatoria hacia la propia mujer. El Tribunal entiende que el artículo 14 de la Constitución

> [...] exige a los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar ex Constitutione la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan (STC 216/1991, de 14 de noviembre, f.j. 5).

El Tribunal, considerando que el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución es suficiente para haber proce-

dido a la corrección de la desigualdad, concede el amparo a la recurrente a quien se había denegado el acceso a las pruebas de admisión en la Academia General del Aire. Como se ve, hay aquí una aplicación del criterio del "plazo razonable" a través de la vía del amparo.

Los ejemplos anteriores, que *mutatis mutandis* pueden aplicarse a otros sistemas jurídicos, ponen de relieve que el amparo y otros procesos jurisdiccionales aptos para la tutela de los derechos pueden suponer un remedio útil a situaciones de omisiones legislativas. Pero hay que constatar también que no son un remedio universal, pues no están exentos de dificultades y problemas. Por un lado, aun en los casos en que resultan útiles, la reparación ofrecida será, en principio, aplicable solo al caso concreto del recurrente, perviviendo con carácter general la omisión inconstitucional. Por otro lado, como se ha visto, en ciertos casos existen condicionamientos fácticos o jurídicos que, a falta de regulación legislativa, parecen obstaculizar hasta hacer imposible el ejercicio de ciertas manifestaciones del derecho fundamental.

4.6. Los procedimientos específicos de inconstitucionalidad por omisión

Dejo para el final el que posiblemente podría ser el remedio más directo y evidente frente a las omisiones legislativas inconstitucionales. En efecto, si se constata la dificultad de las vías habituales en el modelo originario de justicia constitucional para afrontar el problema de la inconstitucionalidad por omisión, puede pensarse que la creación de un procedimiento específico, aunque no existiera en el diseño original del modelo, vendría a ser la solución global y más idónea para el problema. Sin embargo, y en mi opinión, aunque es una posible vía más, está lejos de resolver definitivamente el problema de la inconstitucionalidad por omisión.

Cabe destacar que estas vías específicas de inconstitucionalidad por omisión prácticamente no existen en los sistemas de justicia constitucional de Europa occidental, con la señalada excepción de Portugal. Es verdad que en Iberoamérica sí son más

frecuentes, teniendo gran importancia en algunos países como Brasil, pero está lejos de ser un procedimiento universal.

Si bien no es posible llevar a cabo aquí un examen amplio y exhaustivo de estos procedimientos, creo que, como digo, no terminan de resolver el problema, ya que este no lo es tanto de "diagnóstico" como de "respuesta" a la omisión inconstitucional. Quiero decir con ello que el Tribunal que conozca de esta vía normalmente solo va a poder emitir una sentencia verificativa de la omisión, y a partir de aquí, se abren dos opciones: *a)* si el propio Tribunal trata de reparar por sí mismo la omisión, tendrá que afrontar los mismos problemas y los mismos cuestionamientos de legitimidad para llevar a cabo esa labor que, indudablemente, implica un cierto posicionamiento como "legislador positivo", que parece ir claramente más allá de sus funciones, o *b)* si, por el contrario, se limita a constatar la omisión con una sentencia verificativa, y a determinar la obligación que corresponde asumir al legislador, estableciendo el correspondiente mandato de actuación, vuelven a ser aplicables las reflexiones que ya planteamos en el caso de apelaciones y plazos al legislador: si es la misma obligación existente desde la Constitución, nada se añade; y si hay un "desarrollo creativo" en mayor o menor medida de esa obligación, vuelven a plantearse las dudas de legitimidad hacia el Tribunal para imponer esa obligación al legislador.

Dicho lo anterior, hay que admitir que esta vía puede ser a veces la única, o la menos mala, frente a omisiones absolutas, y que combinada con otras, puede coadyuvar a que exista cierta respuesta jurídica frente a las omisiones inconstitucionales.

V. Reflexiones finales

Creo que del examen anterior se deduce la idea de que no existe un remedio global y perfecto frente a las omisiones legislativas inconstitucionales, y me parece que ello obedece a que se trata de un problema no previsto en el diseño de nuestros modelos de control de constitucionalidad, en los términos ya explicados.

Con todo, me parece imprescindible afrontar este problema, y en la medida en que no se encuentre un modelo global y co-

herente que lo pueda incorporar sin plantear problemas de legitimidad para la función de la justicia constitucional, resultará necesario incorporar algunos de los remedios analizados.

Pero ello implica ser conscientes de las alteraciones que supone en el papel de cada uno de los órganos en juego, y en particular de la jurisdicción constitucional, el legislador, y los tribunales ordinarios. Como ya he apuntado, creo que el Tribunal Constitucional nace como "cuña" o cuarto poder, cuestionable en cierto modo desde su diseño, pero mucho más en la medida en que los parámetros de legitimidad de su actuación han ido variando, por cambio de los presupuestos justificativos. En suma, un Tribunal cuya actuación podía justificarse dentro de una Constitución marco, a través de la construcción de un esquema coherente, no podrá encontrar la misma justificación en el contexto de una Constitución programa. Pero si lo consideramos necesario (aunque en cierto sentido pueda ser "un mal necesario" para garantizar la supremacía de constituciones cada vez más amplias y complejas), hay que asumir al menos estas consecuencias procurando incorporarlas al diseño:

1) En su relación con el legislador, el Tribunal ya no podrá ser un mero legislador negativo, porque su desarrollo constitucional siempre será creativo, y también en parte la propia interpretación conforme que lleve a cabo de la ley; pero tampoco puede proceder a una manipulación de la obra del legislador para adecuarla a la Constitución. En muchos casos, antes que proceder a una interpretación manipulativa (aunque se lleve a cabo con fallos formalmente desestimatorios) son preferibles las declaraciones de inconstitucionalidad parcial que procedan. A fin de cuentas, expulsar, en todo o en parte, un precepto legal del ordenamiento, forma parte de las funciones legítimas de un Tribunal Constitucional, pero no así manipular o cambiar la obra legislativa. Por ello creo que, con carácter general, cabe abandonar el "mito" de que toda declaración formal de constitucionalidad en un fallo es más "deferente" que la declaración de inconstitucionalidad total o parcial. No se puede manipular la obra legislativa por mala que sea.

2) En su relación con los tribunales ordinarios, hay que asumir que la propia delimitación es cada vez más difícil y tenue. En la medida en que la interpretación conforme es una labor compartida entre justicia ordinaria y justicia constitucional, y que esta interpretación conforme tiene siempre, como se ha visto, un alcance parcialmente "depurativo" del ordenamiento, ya que sirve para descartar interpretaciones o normas inconstitucionales, la conclusión no puede ser sino que todo juez es juez constitucional. Pero también que la función de la justicia constitucional no es determinar la mejor o más idónea interpretación de una norma, sino simplemente, cuando actúa como tal justicia constitucional (y eso el Tribunal Constitucional lo hace siempre) descartar las interpretaciones inconstitucionales.

3) Hay que admitir sin ambages la posibilidad de ciertos tipos intermedios de sentencias, ya que la dicotomía inconstitucionalidad pura-constitucionalidad total está más que superada, y también debería estarlo el vínculo indisoluble entre la inconstitucionalidad y la nulidad. Las sentencias interpretativas, cuando procedan y sean necesarias, son un instrumento útil, aunque deban utilizarse con cautela. Ahora bien, por los motivos ya apuntados, y por razones de seguridad jurídica, también considero preferible la fórmula de la sentencia interpretativa parcialmente estimatoria: muchas veces es mejor declarar inconstitucional lo que lo es en parte, aunque se introduzcan mecanismos o criterios para su subsanación.

4) Pero además de lo anterior, hay que revisar la posición de la justicia constitucional, y su relación con el legislador, en busca de un modelo de colaboración. Si el Tribunal no puede permanecer impasible ante omisiones legislativas inconstitucionales, pero tampoco puede repararlas por sí mismo, sin duda se imponen fórmulas mixtas y llamadas a la colaboración. Sin perjuicio de la posibilidad de declarar inconstitucional aquello que no se puede mantener o reparar sin proceder a su manipulación, muchas veces la intervención del Tribunal Constitucional ha de venir seguida de una posterior intervención legislativa, para re-

parar la omisión. Aquí tienen cabida algunas de las diversas fórmulas apuntadas (inconstitucionalidad sin nulidad, plazos, apelaciones), siempre y cuando sean previamente objeto de regulación legal para legitimar su uso, y este sea prudente. Pero además cabe pensar en otras vías de "diálogo" y colaboración, que permitan por ejemplo llevar a cabo un seguimiento del cumplimiento y ejecución de las sentencias constitucionales por el legislador, tanto si se prevé un procedimiento específico de inconstitucionalidad por omisión, como en los demás casos en los que ese seguimiento sea necesario (llamadas o apelaciones que legítimamente se hayan realizado).

En suma, poco a poco hay que ir dejando de lado meros "parches" para resolver las muchas lagunas y dificultades que hoy plantea el modelo kelseniano y todos los que tienen una mayor o menor inspiración en él, para dar paso a la construcción de un nuevo modelo, que adecue la posición de legislador y justicia constitucional a la realidad del constitucionalismo actual, lo que necesariamente pasa por la necesidad de regular sus relaciones, cada vez más complejas y matizadas. Un siglo después del nacimiento del modelo kelseniano, creo inaplazable esa labor, y probablemente sea también el mejor homenaje a lo mucho que dicho modelo ha aportado.

Diritti fondamentali e giurisdizione speciale

Nicola Pignatelli

Sommario: I. Sull'idoneità della giurisdizione speciale amministrativa a tutelare i diritti costituzionali. II. Sulla tutela dei diritti costituzionali prestazionali. III. Sul rapporto tra tutela cautelare e controllo di costituzionalità in via incidentale

I. Sull'idoneità della giurisdizione speciale amministrativa a tutelare i diritti costituzionali

A. Al fine di affrontare la problematica della tutela dei diritti inviolabili da parte della giurisdizione comune è necessario indagare non soltanto l'idoneità della giurisdizione ordinaria a tutelare i suddetti diritti ma anche l'idoneità della giurisdizione speciale. Più specificatamente, a mio avviso, è necessario verificare il grado di protezione dei diritti non solo nei rapporti tra privati ma anche nei rapporti tra Pubblica amministrazione e privati, ossia nei rapporti tra potere pubblico e diritti costituzionali, posto che il vero problema oggi non è tanto "fondare" i diritti ma "proteggerli" (Bobbio).

In questa logica diventa quindi decisivo indagare l'idoneità strutturale della giurisdizione speciale sul potere pubblico a tutelare i diritti costituzionali, ossia la giurisdizione amministrativa, non potendosi ignorare che l'effettività della tutela giurisdizionale costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento giuri-

dico, anche al di là della mera dimensione individuale *ex* articolo 24 Cost. (Corte cost. n. 190/1985).

In passato era stata teorizzata l'inidoneità del giudice amministrativo a tutelare i diritti costituzionali, soprattutto sul presupposto che esso era sprovvisto del potere di condanna risarcitoria. Tale diffidenza processuale e culturale è stata progressivamente superata non solo per il riconoscimento nel processo amministrativo dell'azione risarcitoria ma anche più in generale per la fine del mito della riserva della giurisdizione ordinaria sui diritti inviolabili. Più in generale l'esaurimento delle ragioni della diffidenza e del pregiudizio relativo all'inidoneità del sistema di giustizia amministrativa a tutelare i diritti costituzionali è andato ben al di là della problematica risarcitoria, essendo emersa una progressiva e generale spinta sistemica verso l'equiparazione funzionale delle giurisdizioni, proprio sotto il profilo della effettività, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) sviluppatasi intorno al binomio processo amministrativo statale (art. 6 CEDU).

La stessa Corte costituzionale (sent. n. 140/2007), nella ricomposizione del quadro del riparto giurisdizione, ha affermato che il giudizio amministrativo assicura "la tutela di ogni diritto" non soltanto per effetto dell'esigenza connessa al principio di concentrazione giurisdizionale, desumibile dagli articoli 24 e 111 costituzionale, ma anche perché "quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa"; la pluralità dei giudici ordinari e speciali non può mai risolversi, infatti, in "una minore effettività o addirittura in una vanificazione della tutela giurisidizionale".

Certamente il passaggio decisivo verso il consolidarsi dell'effettività della tutela giurisdizionale in seno al processo amministrativo ed ancor prima verso l'affidabilità culturale della giurisdizione amministrativa a maneggiare diritti costituzionali è stato rappresentato dalla recente codificazione (Dlgs. n. 104/2010 All. A), oltre che dall'esplicita affermazione in essa, che tale processo "attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione (art. 2, 1° comma, c.p.a.), per quanto tale principio,

anche nei rapporti tra Amministrazione e cittadino, potesse desumersi in via interpretativa dallo stesso quadro costituzionale, posto che il coacervo di norme costituzionali (artt. 24, 97, 103 e 113 Cost.) tende allo scopo fondamentale di assicurare alle parti la parità delle armi.

Abbiamo assistito negli ultimi anni ad un complesso dibattito che ha portato alla razionale positivizzazione dei principi e delle regole sviluppatisi soprattutto in tema di parità delle armi processuali, di ragionevole durata (art. 111 Cost.), di garanzia della precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost.) e dell'imparzialità del giudice, anche sotto il profilo delle fissazione delle regole dell'astensione e della ricusazione, anche a seguito degli impulsi della giurisprudenza della Corte EDU.

In ogni caso tale processo di sistematizzazione ha palesato una sorta di attuazione costituzionale del processo amministrativo sotto il suo profilo *oggettivo*, relativo alle regole interne ad esso (anche se in alcuni casi riguardanti il giudice nel processo).

B. Tuttavia esiste una diversa problematica irrisolta, che rischia di mantenere in vita l'originaria diffidenza verso l'idoneità della giustizia amministrativa a tutelare i diritti inviolabili. Appare singolare, infatti, come non si sia sviluppata una riflessione istituzionale sui profili costituzionali *soggettivi*, ovvero sullo *status* del giudice amministrativo, al di fuori del processo (*rectius*, prima del processo). In altre parole può dirsi come si sia assistito ad un tentativo di attuazione costituzionale del *giudizio* amministrativo in carenza di una ristrutturazione del *giudice* amministrativo.

Il mancato coordinamento della riforma del codice del processo amministrativo con una complessiva riforma dell'ordinamento giudiziario amministrativo rischia, infatti, di depotenziare *in nuce* l'attuazione costituzionale del giudizio ed ancor prima di lasciare su di essa un dubbio di *apparenza* di effettività. In questa logica non crediamo che la specialità storica del nostro sistema di tutela dei cittadini dinanzi ai pubblici poteri (artt. 103 e 113 Cost.) abbia bisogno di una riforma costituzionale nel senso dell'unità della giurisdizione (Orsi Battaglini). La soluzione che appare un ragionevole bilanciamento tra conservazione della

qualità tecnica della giurisdizione e piena effettività giurisdizionale sembra essere quella di un'unificazione delle garanzie aderenti allo *status* del giudice amministrativo (Panunzio, Romboli, D'Aloia).

Le criticità che rischiano di compromettere tale *status* sono assai note: si va dalla nomina governativa dei Consiglieri di Stato e soprattutto dalla semplicità di passaggio di uno stesso giudice da una sezione consultiva ad una giurisdizionale sino agli incarichi extragiudiziari istituzionali nonché agli incarichi extragiudiziari non istituzionali. Tali criticità si palesano in modo ancor più vistoso se si pone mente al fatto che nel processo amministrativo, nel quale il soggetto rispetto al quale deve essere garantita l'autonomia, può essere *parte* del processo stesso, la problematica dell'imparzialità, quale equidistanza del giudice rispetto alle parti, tende a coincidere con la problematica della indipendenza esterna. Non può negarsi, infatti, come un giudice possa dirsi culturalmente libero di decidere, ancor prima che indipendente, rispetto ad un altro potere, o imparziale, rispetto alle parti (tra le quali vi è un altro potere), quando non possa sperare di ricevere un vantaggio (indiretto) dalla sua decisione o quando non possa avere timore di subire un pregiudizio (indiretto); non è del tutto libero, e quindi non autonomo ed indipendente, un giudice che speri, ad esempio, di essere nominato capo di Gabinetto di un Ministero. A questo si aggiunga che lo stesso giudice potrebbe trovarsi a *consigliare* un regolamento per il Governo che da lì a poco, a seguito dell'avvicendamento possibile e non normativamente precluso tra le sezioni del Consiglio di Stato, potrebbe dover *giudicare*, in palese violazione dell'effettività del diritto ad un giudice *ex* articolo 6 CEDU.

A tal proposito appaiono assai lucide le parole di Panunzio, secondo il quale la garanzia dell'imparzialità esige che il giudice non sia *prevenuto* e che ogni suo convincimento sull'oggetto della causa si formi all'interno del processo e nel contraddittorio tra le parti. L'indifferenza istituzionale è la sintesi costituzionale sottesa al bisogno espresso dall'ordinamento, di autonomia ed indipendenza dei giudici amministrativi. In questa prospettiva sembra auspicabile una riflessione sulla tenuta dell'articolo 108, 2° comma, Cost., che si limita a rinviare alla legge ordinaria la de-

finizione delle garanzie di giudici speciali, e quindi più in generale una riflessione sull'opportunità di una riforma costituzionale, nel senso dell'unificazione del sistema delle garanzie soggettive, ferma la virtuosità del principio di specialità giurisdizionale. In questa prospettiva l'attribuzione alla legge, e quindi al legislatore, della costruzione di uno *status* di autonomia si è dimostrato storica e sistemicamente insufficiente, proprio a causa di una contiguità istituzionale tra il potere politico e una parte della magistratura amministrativa, che ha ostacolato la risoluzione di tale criticità.

Per queste ragioni la codificazione del processo amministrativo, ovvero la riforma del *giudizio*, avrebbe dovuto essere preceduta o almeno accompagnata da una riforma costituzionale del sistema di garanzie di indipendenza ed imparzialità del *giudice* e con essa, una volta definito tale *status* costituzionale, *rectius*, il livello minimo indisponibile di attuazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'articolo 6 CEDU, da una riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario amministrativo.

In sintesi il sistema di giustizia amministrativa (oggi codificato) continua ad avere bisogno di una preliminare codificazione dell'ordinamento giudiziario, posto che esiste una connessione inscindibile tra modello processuale e modello soggettivo del giudice e visto che l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili. Non può essere soltanto il *giudizio* a fare il *giudice*. Una distonia tra giudizio e giudice, *rectius*, tra lo spirito del giudizio e lo spirito del giudice, può vanificare le regole del giudizio.

C. Il suddetto quadro non ha ricevuto un contributo utile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

La Corte di giustizia, infatti, ha riconosciuto, la natura di "giudice", pur ai limitati fini del rinvio pregiudiziale, anche al Consiglio di Stato italiano in sede di ricorso straordinario, che nella previgente disciplina era da ritenersi un procedimento di natura non giurisdizionale (Corte gius. 16.10.1997 caso *Garofalo*), al Consiglio di Stato olandese in un procedimento deciso dalla Monarchia (Corte gius., 27.11.1973, caso *Nederlandse Spoorwegen*) o ad una commissione governativa di vigilanza in materia di appalti pubblici (Corte gius., 17.9.1997, caso *Dorsch Consult*).

D. Un maggior contributo, quale sollecitazione all'introduzione di riforme dello *status*, sembra desumibile dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Si veda Corte EDU, *Procola* 1995 e *Mcgonnel* 2000, secondo cui sussiste una lesione dell'effettività del diritto ad un giudice quando il collegio giudicante (del Consiglio di Stato), o parte di esso, abbia conosciuto il *thema decidendum* in sede consultiva; tali pronunce sono state interpretate come una pretesa verso gli Stati della necessaria separazione tra funzioni giurisdizionali e funzioni consultive. In realtà la successiva giurisprudenza CEDU ha ristretto la nozione di "*identità di causa*" (*Kleym* 2003) e quindi la portata della precedente giurisprudenza, non ritenendo sussistente tale identità in una vicenda nella quale in sede consultiva era stato reso un parere relativo ad un aspetto specifico relativo alla localizzazione di una rete ferroviaria e in sede giurisdizionale l'oggetto del processo consisteva nella impugnazione di tutti i provvedimenti relativi alla stessa localizzazione.

In ogni caso deve certamente ritenersi lesivo dell'articolo 6 CEDU che un giudice del collegio sia nominato, in pendenza di giudizio, come segretario generale di un Ministero (Corte EDU 2006 *Sacilor Lormines c. Francia*).

II. Sulla tutela dei diritti costituzionali prestazionali

A. I diritti costituzionali prestazionali (ad esempio, il diritto alla salute, alla casa, o all'istruzione) necessitano del potere pubblico per essere garantiti e soddisfatti.

Un diritto costituzionale non soltanto necessita dell'astensione dall'esercizio del potere ma anche dell'esercizio del potere quale condizione di soddisfacimento di una pretesa ampliativa di una sfera di interesse, spesso intimamente connessa all'effettività del modello di Stato sociale, che scarica sul provvedimento amministrativo una funzione distributiva e redistributiva. In sintesi, "non ha senso proclamare diritti se non vi è un potere che li protegga e consenta di farli valere" (Luciani). Peraltro la stessa giurisprudenza costituzionale ha affermato in modo assai

chiaro la debolezza dell'assolutizzazione dei diritti costituzionali: "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro'" (Corte cost. n. 85/2013).

In uno Stato costituzionale sociale, complesso e pluriclasse, i diritti costituzionali degli individui non sono, infatti, assoluti, ma nascono intimamente connessi al potere pubblico, strettamente legati all'esercizio del potere quale funzione socio-istituzionale attuativa, conformante e limitativa del contenuto essenziale degli stessi. Il potere pubblico, se attribuito dal legislatore, costituisce la condizione di ancoraggio dei diritti alla forma di Stato, la garanzia di sostenibilità ordinamentale dei diritti costituzionali astrattamente enunciati nella I Parte della Costituzione.

Non esistono diritti inviolabili "senza potere", posto che i diritti costituzionali non sono nati per essere impenetrabili e indegradabili ma per essere penetrati e permeati dai valori costituzionali della solidarietà, della libertà e dell'uguaglianza, veicolati all'interno di essi dal potere.

B. Pertanto deve ritenersi decisivo verificare l'adeguatezza delle tecniche di tutela giurisdizionale innanzi al potere pubblico.

In primo luogo assume un'importanza decisiva il progressivo superamento della *tipicità* dell'azioni processuali, confinate in uno stretto catalogo; in secondo, il superamento della mera tutela demolitoria, ossia dell'azione di annullamento tesa all'eliminazione del provvedimento amministrativo espressione del potere sindacato. Deve ritenersi, infatti, certamente insufficiente la demolizione del provvedimento negativo, posto che a seguito dell'annullamento del provvedimento il cittadino rimane comunque privo della prestazione anelata.

In questa logica l'effettività della tutela dei diritti prestazionali passa attraverso una *pluralità* di ulteriori azioni, tra cui l'azione di *accertamento*, sulla sussistenza degli elementi costitutivi del diritto, l'azione di *condanna* nei confronti della Amministrazione, non soltanto di natura risarcitoria ma anche di condanna

pubblicistica all'adozione di un provvedimento (come l'adozione di un provvedimento idoneo a garantire l'accesso ad una casa, ad una struttura sanitaria, ecc.), l'azione sul *silenzio*, volta ad accertare l'illegittimità del silenzio dell'Amministrazione, nonché la *tutela cautelare atipica*.

C. Peraltro l'effettività della tutela giurisdizionale è garantita dall'intensità del sindacato, non semplicemente *debole*, ossia limitato ai profili di manifesta illogicità e irrazionalità, ma *forte*, ossia un controllo di natura intrinseca (anche alla luce della valorizzazione delle risultanze tecnico-scientifiche).

L'intensificazione del sindacato giurisdizionale sembra essere conforme alla nozione di *full jurisdiction*, costruita dalla giurisprudenza CEDU, intesa non certamente come controllo di merito ma come controllo di legittimità funzionale alla migliore tutela dei diritti costituzionali.

D. Certamente tale rafforzamento della tutela è apprezzabile soprattutto nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva (art. 103 Cost.), nel quale il giudice amministrativo conosce non solo interessi legittimi ma anche diritti soggettivi, in ambiti, predeterminati dal legislatore (art. 133 c.p.a.), sensibili per la tutela dei diritti prestazionali, come ad esempio quello dei servizi pubblici, in cui sono in gioco il diritto alla salute o il diritto all'istruzione.

Si veda la sentenza resa dal Consiglio di Stato (sez. III, 2.9.2014 n. 4460), nell'ambito del drammatico caso *Englaro*, in cui era stato impugnato il provvedimento della Regione di diniego di messa a disposizione di una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente un soggetto in stato di coma vegetativo permanente. Con tale pronuncia il Consiglio di Stato, ricostruendo il rapporto tra potere pubblico e diritto costituzionale alla salute, ha affermato come "non giova invocare, in senso contrario, la categoria dei cc.dd. diritti incomprimibili", una categoria "sviluppata trentacinque anni or sono, ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 9.3.1979, n. 1463 [...] La dottrina dei diritti incomprimibili deve ormai ritenersi priva di un solido e convincente sostegno in un'ampia e attenta ricognizione del nostro ordinamento e alla luce, soprattutto, dei fondamentali principi affermati dalla Cor-

te costituzionale". In questa logica ciò che deve ritenersi decisivo quindi è la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive: "la 'consistenza' di tale situazione, che radica, a seconda dei casi, la giurisdizione del g.o. o del g.a., non può essere aprioristicamente affermata sulla base dell'astratto suo contenuto od oggetto —la salute o l'ambiente— ma deve essere apprezzata, in concreto e nella mutevole dinamica del rapporto con l'amministrazione, rispetto all'esercizio, seppur in forma mediata, del *pubblico potere*. L'esercizio del pubblico potere non 'degrada' la situazione giuridica soggettiva del privato, con una sorta di *capitis deminutio*, così come, per converso, la 'forza' della situazione giuridica soggettiva non annulla l'esercizio del potere".

In questa prospettiva appare significativa anche la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria n. 7 del 12.4.2016, che, in relazione ad una vicenda processuale riguardante l'esercizio del potere di attribuzione delle ore di sostegno ad un alunno disabile, in un ambito di giurisdizione amministrativa esclusiva ha affermato: "Né, ovviamente, la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come 'fondamentale', esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa. [...] La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di *poteri pubblicistici*, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali".

E. Non può negarsi però come il rafforzamento delle tecniche di sindacato giurisdizionale si scontri spesso con la problematica della copertura finanziaria dei diritti costituzionali; in alcuni casi i giudici, pur avendo gli strumenti adeguati ad assicurare il bene della vita oggetto della pretesa del cittadino, arrestano in modo improprio la tutela, condizionandola alla sostenibilità economica del diritto.

Tuttavia tale limitazione deve ritenersi del tutto intollerabile, posto che la stessa Corte costituzionale, di recente, dichiarando incostituzionale una legge regionale che aveva subordinato il con-

tributo per le Provincie per l'erogazione del servizio di trasporto scolastico degli alunni disabili alla "disponibilità finanziaria", ha affermato chiaramente come i diritti sociali non possono essere diritti condizionati (Corte cost. n. 275/2016).

F. Deve precisarsi, invece, come il contributo della giurisprudenza CEDU in materia di diritti sociali sia soltanto indiretto, posto che la Convenzione ha ad oggetto principalmente diritti civili e politici.

III. Sul rapporto tra tutela cautelare e controllo di costituzionalità in via incidentale

Una problematica specifica che riguarda la tutela giurisdizionale dei diritti costituzionali attiene certamente al complesso rapporto tra tutela cautelare e controllo di costituzionalità e specificatamente a tale rapporto nel processo amministrativo in cui l'esigenza di "bloccare" in via d'urgenza la esecutività del potere è preminente.

La disciplina cautelare nel processo amministrativo è stata ritagliata intorno al processo impugnatorio incentrandosi principalmente (e storicamente) nella sospensione del provvedimento. Tra l'altro la prassi dimostra come l'istanza sospensiva sia un elemento quasi co-essenziale del ricorso giurisdizionale, vista l'utilità marginale che acquista dinanzi alla esecutorietà degli stessi atti amministrativi e quindi dinanzi ai *pericula* che essi possono generare nella sfera del ricorrente. La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di soffermarsi sulla naturale contiguità tra fase cautelare e fase di merito del processo impugnatorio, sottolineando "l carattere essenziale del procedimento cautelare e la intima *compenetrazione* con il processo di merito nell'ambito della giustizia amministrativa, nella quale *maggiormente* si avverte la necessità di un istituto, quale appunto il procedimento cautelare, che consenta di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice, permettendo che questo intervenga *re adhuc integra* e possa consentire in concreto la soddisfazione dell'interesse che risulti nel processo meritevole di tutela" (Corte cost. n. 8/1982).

Ai nostri fini interessa l'ipotesi in cui il ricorrente impugni un atto perché conforme ad una norma in contrasto con un principio o con una regola costituzionale, chiedendo inoltre la sospensiva dell'atto medesimo (contestualmente o con istanza separata). Sembra opportuno soffermarci sul *fumus* come presupposto necessario per la concessione di un provvedimento cautelare sospensivo di un atto emanato sulla base di una norma, della cui legittimità costituzionale si dubita. In senso più generale tale presupposto consiste (non in un mero giudizio di "non manifesta infondatezza" del ricorso, come la dottrina ha ritenuto in passato ma) in un giudizio di probabilità sull'accoglimento del ricorso, ossia in un giudizio sulla fondatezza (ossia sulla ragionevole previsione sull'esito del ricorso). Probabilmente, nella prassi, tale *fumus* coincide con la fondatezza della questione di costituzionalità della norma di cui il provvedimento amministrativo costituisce applicazione. Tuttavia, tale corrispondenza non è necessaria. I due elementi, almeno teoricamente —al di là della possibile confusione/coincidenza fattuale che il ricorso per motivi di costituzionalità può generare—, si pongono su piani diversi, l'uno di giustizia ordinaria e, l'altro, di giustizia costituzionale.

I giudici amministrativi, nel momento di attivazione del giudizio costituzionale in sede cautelare, si sono trovati innanzi ad un potenziale circolo vizioso, stretti nelle morse dei presupposti necessari della incidentalità ed in particolar modo della rilevanza. La strettoia della sede cautelare sembrerebbe *prima facie* irrisolvibile, visto che una questione di costituzionalità sollevata dopo la concessione della sospensiva sull'atto adottato sulla base delle stesse norme indubitate sarebbe inammissibile, vista la irrilevanza determinata dall'esaurimento del potere decisorio nel momento della concessione cautelare, e al contempo il sollevamento della questione di costituzionalità precedente alla concessione della sospensiva renderebbe la stessa tutela cautelare *inutiliter data*, vista la incommensurabilità tra i tempi del processo costituzionale e le esigenze urgenti di tutela del ricorrente dai *pericula* che possono derivare dall'atto impugnato nelle more del giudizio.

Dalla giurisprudenza costituzionale emerge, chiaramente, come sia necessaria ai fini del sollevamento della questione di co-

stituzionalità che il giudizio cautelare *sia in corso*, visto che qualora il giudice si sia pronunciato sulla domanda di sospensione, la definizione dell'incidente risulterà irrilevante ai fini del giudizio cautelare, potendo se mai incidere sul merito. La inammissibilità della questione è stata motivata dalla Corte in alcuni casi facendo riferimento alla irrilevanza ai fini della decisione cautelare, visto che tale misura è stata già concessa, e in altri al difetto di legittimazione del giudice, non essendo questo investito di potestà decisoria, per quanto non sembra reperibile una reale ragione dietro l'adozione di una argomentazione e non dell'altra. In tale logica sembra evidente come la valutazione della rilevanza debba essere posta in essere facendo riferimento non al giudizio complessivamente inteso ma a ciascuna fase o stadio di esso, vista l'autonomia dei singoli segmenti all'interno dei quali il giudice competente esercita una autonoma (appunto) *potestas iudicandi*. Quando, invece, si solleva questione di costituzionalità prima di emettere il provvedimento di urgenza si neutralizzano le esigenze cautelari, disapplicando la stessa disciplina sulla sospensione dell'atto, che richiede una decisione immediata, utile (soltanto) in quanto tale. La effettività della tutela giurisdizionale *ex* articoli 24 e 113 Cost. impone che la tutela cautelare, quale presidio strumentale, debba essere concepita come componente naturalmente aderente alla stessa tutela giurisdizionale, al fine di sventare qualsiasi irreparabile *periculum in mora*.

Questa alternativa cieca tra inammissibilità della questione di costituzionalità e inutilità del provvedimento cautelare, generata dalle naturali (-strutturali) strettoie del giudizio in via incidentale, ha richiesto una sorta di affinamento dei moduli temporali di tutela e più in generale uno sforzo verso la *diffusione* del controllo di costituzionalità.

La giurisprudenza amministrativa ha così trovato una soluzione di compatibilità con il sindacato costituzionale. La giurisprudenza amministrativa ha adottato, infatti, il principio della modulabilità bifasica del provvedimento di sospensiva cautelare dell'atto amministrativo, congegnando *a)* una fase eventuale, urgente e provvisoria, e *b)* una fase definitiva-successiva; in tale logica il giudice amministrativo può concedere, in prima battuta, un provvedimento cautelare di natura soltanto *interinale* (-prov-

visorio), che non esaurisce il potere decisorio, potendo così la questione di costituzionalità essere sollevata sulla stessa norma di cui si fa (dis-)applicazione al fine di adottare tale provvedimento. Il processo amministrativo sarà così sospeso fino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti della Corte; spetterà poi al giudice amministrativo, alla luce della decisione della Corte, decidere in via definitiva sulla istanza sospensiva adottando eventualmente un provvedimento sospensivo.

Sembra evidente come sia riconosciuto al giudice amministrativo un potere di delibazione della questione di costituzionalità non al solo fine di attivare il giudizio costituzionale ma anche al fine di concedere la sospensione cautelare dell'atto amministrativo. Evidentemente la concessione di tale tutela cautelare presuppone la *disapplicazione* della norma che disciplina l'atto impugna; se così non fosse il giudice non potrebbe accordare la misura cautelare richiesta, dal momento che il provvedimento amministrativo, valutato alla stregua delle norme di legge che lo concernono, è legittimo. In altre parole mentre si sospende il processo all'interno del quale una certa norma *dovrà* trovare applicazione soltanto dopo la risoluzione di un dubbio pregiudiziale sulla legittimità costituzionale, quella norma è già (dis-)applicata e quel dubbio è già risolto, nel senso della fondatezza, per quanto soltanto provvisoriamente, prospettando così una deroga ed una *alterazione del modello accentrato di giustizia costituzionale*.

In conclusione sembra evidente come il giudice amministrativo in sede cautelare abbia piegato la questione di costituzionalità alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e ai bisogni giurisdizionali di tale fase, trasformando questo giudizio da mero incidente a sede di "decisione" sulla legittimità costituzionale delle norme. Non può negarsi però come questa trasformazione, in deroga alla natura originaria del modello accentrato, possa essere tollerata soltanto nelle forme "necessarie". Può così dirsi che l'alterazione del modello accentrato non è finalizzata soltanto ad una esigenza interna al processo amministrativo (la sospensione dell'atto) ma anche ad una esigenza esterna a quello, anche se intimamente connessa, ossia ad una esigenza del processo costituzionale, quale la sua funzionalità. La mancanza di tale elemento di diffusione, infatti, rischierebbe di generare nell'ordinamento

giuridico effetti (collegati concretamente all'atto amministrativo) che la eventuale e successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale non potrebbe certamente neutralizzare; infatti la mera rimessione dell'incidente costituzionale, senza contestuale sospensione dell'atto impugnato, asseconderebbe la produzione degli effetti della legge sospettata di incostituzionalità, pregiudicando in modo irreversibile la posizione del ricorrente nelle more del processo costituzionale.

Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali

Antonio Ruggeri

Sommario: I. Omissioni del legislatore e forza normativa della Costituzione, a seconda che da essa si facciano discendere vincoli ora *positivi* ed ora meramente *negativi* a carico degli organi della produzione giuridica. II. Le omissioni in senso proprio, rese palesi dal mancato adempimento di obblighi di *facere* costituzionalmente stabiliti, e il carattere scivoloso dell'accertamento della loro sussistenza e consistenza. III. L'ardua questione relativa a chi spetti la *Kompetenz-Kompetenz* al piano dei rapporti tra Corte e legislatore e le modifiche tacite della Costituzione poste in essere dalla Consulta al fine di rimediare a complessive carenze del legislatore di revisione costituzionale. IV. Omissioni del legislatore, "supplenza" dei giudici, alle volte posta in essere in modo inusuali e forzosi, secondo quanto di recente testimoniato dal caso *Cappato*. V. La salvaguardia dei diritti: il modello costituzionale e le sue torsioni, dovute ad eccessi ovvero a difetti di normazione e talvolta, di conseguenza, a forzosi adattamenti della stessa ad opera dei giudici. VI. Gli sforzi prodotti in sede giudiziaria al fine di porre rimedio alle omissioni legislative, specie a mezzo della tecnica della c.d. "applicazione" (*rectius*, "attuazione") della Costituzione, i casi in cui un'operazione di giustizia costituzionale non sortisca gli effetti sperati a causa di vizi congeniti delle questioni portate alla cognizione della Consulta, gli usi maldestri della tecnica della interpretazione conforme. VII. Una succinta notazione finale.

I. Omissioni del legislatore e forza normativa della Costituzione, a seconda che da essa si facciano discendere vincoli ora positivi ed ora meramente negativi a carico degli organi della produzione giuridica

Pochi temi di più o al pari di quello oggetto della riflessione che ora si avvia evocano in campo il modo d'intendere e far valere nell'esperienza la Costituzione, sotto lo specifico aspetto, qui interessante, dei suoi rapporti con la legge. È chiaro infatti che la sussistenza stessa di una "omissione", nella sua ristretta e propria accezione, che di qui a momenti si preciserà, nonché la consistenza della stessa dipendono da come è vista la forza normativa della Costituzione, vale a dire la sua capacità di vincolo nei confronti degli operatori in genere (per quanto è qui di diretto interesse, del legislatore). Così, ove si acceda alla proposta ricostruttiva affacciata da un'accreditata dottrina che intende la Carta nella sua essenza come espressiva di un "programma" di fini da raggiungere e la legge quale strumento *ordinario* e *necessario* della sua realizzazione, il carattere positivo del vincolo porta naturalmente a far emergere in modo vistoso le complessive carenze della legislazione, le sue omissioni appunto. Di contro, la tesi, largamente diffusa, che riconosce in capo alla Carta una *vis* meramente negativa, segnando essa i limiti o i confini non valicabili dal legislatore nel suo apprezzamento dei beni della vita meritevoli di regolazione, porta naturalmente all'esito di circoscrivere sensibilmente l'area entro cui può aversi riscontro delle mancanze e lacune delle discipline legislative.

In realtà, entrambe le soluzioni metodico-teoriche ora sinteticamente rappresentate in ordine alle relazioni Costituzione-legge sembrano espressive di ricostruzioni che peccano ora per eccesso ed ora per difetto, non consegnando una fotografia in tutto fedele delle relazioni stesse che s'inscrivono in un quadro internamente assai articolato e composito, in seno al quale si rilevano tanto vincoli dell'una quanto dell'altra specie, intrecciati alle volte in modo tale da rendersene alquanto problematica, comunque incerta e non di rado forzosa, la reciproca separazione. Il vero è che la Costituzione racchiude in sé un disegno —non saprei dire se sia fino in fondo appropriato etichettarlo come "pro-

gramma"— di profonda trasformazione sociale (nella più larga accezione dell'aggettivo), mirabilmente espresso nelle sue linee portanti nei principi fondamentali: un disegno che, per un verso, si apre a raggiera a forme plurime, astrattamente indefinite, di realizzazione e, per un altro verso, non coinvolge ogni norma della Carta, non soltanto per ciò che concerne l'organizzazione ma anche quanto alla parte sostantiva, che è poi —come si sa— quella maggiormente qualificante ed anche sistematicamente più contigua ai principi stessi, in relazione alla quale affermare il carattere "programmatico" degli enunciati si presenta oggettivamente forzato.

Dal lato opposto, una visione —come dire?— "liberistica" della forza normativa della Costituzione, volta a dar modo alle scelte politico-normative del legislatore di distendersi liberamente per l'intero campo costituzionale, purché non ne siano valicati i confini, appare per più versi riduttiva, peraltro contraddetta da una consolidata giurisprudenza costituzionale, per il cui tramite principalmente (se non pure esclusivamente) il diritto costituzionale vigente si converte in vivente; e, pur non negandosi le frequenti oscillazioni ed anche le non lievi aporie teoriche di costruzione denunziate dalla giurisprudenza, è confutata dalla circostanza stessa per cui innumerevoli sono le testimonianze che possono essere addotte di omissioni del legislatore rilevate nel corso delle vicende processuali, specie di quelle, cui qui si farà specifico riferimento, che prendono forma in occasione dei giudizi di costituzionalità: omissioni ora più ed ora meno vistose e gravi, a conferma appunto che si danno obblighi di *facere* esplicitamente enunciati nella Carta o, come che sia, da essa desumibili.

II. Le omissioni in senso proprio, rese palesi dal mancato adempimento di obblighi di facere costituzionalmente stabiliti, e il carattere scivoloso dell'accertamento della loro sussistenza e consistenza

Le succinte notazioni appena svolte consentono di fissare subito alcuni punti fermi dai quali possono tenersi gli svolgimenti che seguono della trattazione.

Il primo è che non rilevano ai fini di questo studio i casi in cui il legiferare sia giudicato meramente opportuno; rilevano, di contro, solo quelli in cui esso si presenti come doveroso.

Il secondo è che la doverosità in parola può risultare ora *per tabulas* ed ora invece essere racchiusa e nascosta negli strati più profondi dell'articolato costituzionale e venga quindi disvelata dalla giurisprudenza. Laddove, infatti, dell'omissione possa aversi riscontro già ad un primo raffronto con la lettera degli enunciati costituzionali, nessun dubbio può aversi a riguardo della sua sussistenza in caso di totale mancanza di discipline legislative costituzionalmente imposte, quali sono quelle evocate dalle riserve di legge: potremmo dunque chiamare, per comodità, tali omissioni come *testualmente documentate*.

Il problema sorge però con riguardo ai casi in cui non si ha alcuna esplicita previsione dell'intervento del legislatore, in relazione ai quali non soltanto è tutta da verificare la sussistenza della omissione ma, di più, si tratta poi di stabilirne la consistenza. Un problema particolarmente spinoso, dunque, laddove una disciplina con legge vi sia e però si debba far luogo alla sua "misurazione", tentando di verificare se essa sia (se non pure esaustiva, comunque) complessivamente appagante.

Al riguardo, un indice esteriore altamente attendibile è dato dai riferimenti alle omissioni presenti, da noi come altrove, nella giurisprudenza costituzionale in merito ai quali nondimeno s'impongono alcune precisazioni.

La prima è che l'indice in parola ha modo di farsi apprezzare unicamente con riferimento ai casi in cui si dà un appiglio che consenta lo svolgimento del sindacato della Consulta, idoneo — se del caso— a concludersi con un'opera di bonifica costituzionale: una base legislativa sulla quale far poggiare quest'ultima è, infatti, come si sa, pur sempre necessaria.

La dottrina —com'è noto— distingue le omissioni in *assolute* e *relative*, per quanto la linea di confine tra le stesse risulti alquanto incerta ed evanescente. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui talora le prime si fanno scudo delle seconde, delle quali si danno immagini deformanti. La qual cosa si ha allorquando si faccia un uso strumentale della disciplina impu-

gnata, della quale si rilevi il carattere parzialmente carente: è ciò che è, ad es., avvenuto in occasione della vicenda definita da Corte cost. n. 170 del 2014, in cui si è assistito ad un'addizione normativa posta in essere dal giudice costituzionale su legge... *sbagliata*. Potremmo, dunque, qualificare le omissioni in parole come *relative improprie* o —se più piace dire— come *assolute mascherate*.

Una seconda precisazione, poi, attiene al fatto che non è risolutivo al fine dell'accertamento della omissione il tipo di pronunzia adottata dal giudice costituzionale: infatti, anche quando quest'ultimo fa luogo al rigetto della questione sollevatagli, non poche volte —com'è noto— indirizza moniti anche particolarmente vigorosi al legislatore, responsabile di omissioni che non possono oltre modo essere tollerate. In generale, si pensi ai casi in cui il mancato accoglimento si deve al rispetto del limite, pure per sua natura fortemente oscillante, della discrezionalità del legislatore o agli altri in cui l'esito è determinato non già dalla mancanza di contrasto da parte della legge nei riguardi della Costituzione ovvero da complessive carenze del dettato legislativo bensì dal bisogno di mantenere in vigore la norma impugnata, all'esito di un'operazione di bilanciamento che imponga quest'esito (ad es., in presenza di uno stato di emergenza cui si debba comunque far fronte).

Una terza precisazione attiene al fatto che ad una prima omissione del legislatore può talora conseguirne una seconda disvelata da una pronunzia della Corte, pur laddove essa si volga a colmare la lacuna del dettato legislativo e, almeno in parte, effettivamente vi riesca. È ciò che si ha in presenza di additive di principio che si consegnano, a un tempo, al legislatore, sollecitato a produrre le regole necessarie alla implementazione del principio aggiunto dalla Corte, ed ai giudici perché, in attesa dell'intervento legislativo, provvedano nel frattempo a dar vita alle regole stesse, sia pure ovviamente con effetti limitati ai casi. Mentre, dunque, le additive di regola sono *additive perfette* o *autosufficienti*, quelle di principio appaiono essere *imperfette*, tant'è che l'opera di estrazione della regola dal principio posta in essere dai giudici comuni partecipa essa pure del carattere della normatività in senso sostanziale e si pone, allo stesso tempo, quale il terminale

di un'operazione di giustizia costituzionale rimasta incompiuta e bisognosa pertanto di perfezionarsi, in attesa dell'intervento degli organi della produzione legislativa, nelle aule in cui si amministra la giustizia comune.

III. L'ardua questione relativa a chi spetti la Kompetenz-Kompetenz al piano dei rapporti tra Corte e legislatore e le modifiche tacite della Costituzione poste in essere dalla Consulta al fine di rimediare a complessive carenze del legislatore di revisione costituzionale

Sta di fatto che la sussistenza e consistenza delle omissioni risultano, a conti fatti, *ex post*, per il modo con cui esse sono evidenziate dalla giurisprudenza costituzionale (non di rado, dietro sollecitazione della giurisprudenza comune o di altri operatori di giustizia).

Di qui, una duplice conferma: *a*) che la Costituzione vivente, nella sua struttura e per il carattere delle sue norme (se espressive di vincoli solo *negativi* ovvero *positivi*, e di questa o quella intensità), risulta in particolar modo dalla giurisprudenza costituzionale, in cui rinviene un indice altamente attendibile del suo complessivo modo di essere; *b*) che l'assetto dei rapporti istituzionali, anche nella loro parte più direttamente riguardata da regolarità della politica, nel loro porsi di fronte —alle volte in funzione specificativo-attuativa, altre in funzione integrativa, altre ancora in modo oppositivo— rispetto alle regole della Carta, è, in buona sostanza, determinato o, come che sia, condizionato dagli orientamenti della giurisprudenza, specie di quelli maggiormente consolidati. Laddove, infatti, è data alla Consulta l'opportunità di pronunziarsi (in sede di giudizi sulle leggi come pure di risoluzione dei conflitti di attribuzione), i lineamenti della forma di governo e della stessa forma di Stato risultano messi a fuoco proprio dalla giurisprudenza, cui si deve la ricostruzione dell'alveo entro il quale le dinamiche politico-istituzionali sono comunque tenute a svolgersi, senza perciò portarsi oltre gli argini per esse forgiati dalla mano del giudice costituzionale.

Non è per vero agevole, al tirar delle somme, stabilire chi abbia la *Kompetenz-Kompetenz* al piano dei rapporti tra Corte e legislatore, dal momento che occorre congiuntamente tenere conto sia di chi ha la prima parola che di chi ha l'ultima, in un "gioco" che si rinnova di continuo in occasione delle singole vicende processuali e che può sempre ricominciare da capo, in ragione delle sollecitazioni venute dal contesto in cui i rapporti stessi s'inscrivono e svolgono.

L'operato del legislatore (anche in forma omissiva) dà modo alla Corte di pronunziarsi sullo stesso, laddove sia a ciò chiamata, e la decisione di volta in volta adottata può promuovere ulteriori iniziative di vario segno da parte del legislatore. Un tempo si pensava che a quest'ultimo spettasse pur sempre di giocare la mano di chiusura della partita: con questo spirito, d'altronde, è venuto ad esistenza in seno alla Costituente il disposto di cui all'articolo 136, II c., che, nella originaria intenzione di chi lo ha proposto, avrebbe dovuto dar modo al legislatore, più che di colmare i vuoti di normazione conseguenti agli annullamenti posti in essere dal giudice costituzionale, di riprodurre —laddove ritenuto opportuno— le stesse norme di legge caducate rivestendole delle forme proprie degli atti costituzionali e di revisione costituzionale. La dottrina ha, poi, messo in chiaro che questa eventualità non può aversi laddove la norma-parametro violata dovesse esser data da un principio fondamentale dell'ordinamento, in quanto idoneo a porsi a limite alle stesse innovazioni di forma costituzionale. Nei fatti, tuttavia, la teoria dei limiti alla revisione costituzionale, nella quale – come si sa – si riconosce un larghissimo schieramento di studiosi, ha mostrato (e mostra) una intrinseca debolezza, avvalorata da plurime e convergenti esperienze della giustizia costituzionale, dal momento che la Consulta si trattiene dal denunziare *apertis verbis* la incompatibilità delle norme di revisione costituzionale rispetto ai principi di base dell'ordinamento, allo stesso tempo tuttavia devitalizzandole a mezzo di incisive modifiche tacite che – si faccia caso – non hanno lasciato indenni gli stessi principi fondamentali.

È interessante notare che l'esito di questa vicenda senza fine gode della sostanziale acquiescenza del legislatore di revisione che mostra —perlomeno ad oggi— di non voler rimettere in discussione il ruolo della Corte. Parrebbe, dunque, esser-

si siglata una *convenzione costituzionale*, quindi convertitasi in vera e propria *consuetudine*, alla cui formazione hanno fattivamente concorso tutti gli operatori in campo, nel senso appena indicato.

In passato, come si sa, si sono talora avute reazioni particolarmente accese e persino scomposte nei riguardi di alcune decisioni della Consulta che toccavano nervi scoperti della politica, tant'è che —come si sa— non sono mancate proposte volte ad innovare alla composizione della Corte ed al quadro delle sue competenze, nonché alla tipologia ed agli effetti delle sue decisioni (segnatamente al fine di non consentire più l'adozione di pronunzie manipolative), senza nondimeno che, per fortuna, si sia centrato l'obiettivo avuto di mira. È poi chiaro che avverso leggi di revisione riguardanti il sindacato di costituzionalità, la Corte potrebbe giocare la carta di denunziare davanti a se stessa l'atto che ne dovesse stravolgere la struttura o le attribuzioni, specie laddove l'effetto finale dovesse essere quello di lasciare sguarnita di tutela la Costituzione o, comunque, di portare ad un sensibile impoverimento della sua salvaguardia. Forse, questa potrebbe essere davvero l'ultima risorsa cui la Consulta potrebbe attingere a garanzia propria e, di riflesso, della Costituzione.

Al di fuori di scenari apocalittici, che ovviamente ci auguriamo restino confinati nel quadro della loro astratta prefigurazione, nel vivo dell'esperienza le modifiche tacite della Carta, tanto nella sua originaria versione quanto in quella risultante da successive innovazioni, si sono distese per l'intero campo costituzionale, rendendo così tangibile (e, in qualche caso, clamorosa) testimonianza del fatto che i poteri costituiti, quali s'incarnano —per ciò che ora specificamente interessa— nella Consulta e negli stessi giudici comuni, talora dispongono della più genuina espressione del potere costituente. La circostanza, poi, che ciò abbia luogo *pro bono Constitutionis*, nell'intento cioè di appagare al meglio (e fin dove possibile) beni o interessi meritevoli di tutela che resterebbero altrimenti insoddisfatti a causa di ripetute e gravi omissioni del legislatore, nulla toglie al fatto in sé, vale a dire al ribaltamento dell'ordine naturale delle cose che vuole assoggettato ogni potere costituito alla volontà del potere costituente e, perciò, al rispetto del suo prodotto oggettivato, la Costituzione.

IV. Omissioni del legislatore, "supplenza" dei giudici, alle volte posta in essere in modo inusuali e forzosi, secondo quanto di recente testimoniato dal caso Cappato

Un punto di cruciale rilievo, nel quadro della succinta riflessione che si viene ora facendo, riguarda i limiti di rendimento dei meccanismi della giustizia costituzionale, specie per ciò che attiene ai modi con cui porre rimedio a carenze e ritardi dell'opera di normazione del legislatore.

È storia vecchia, già molte volte fatta, sulla quale non conviene ora indugiare ulteriormente. Mi limito solo a sollecitare un supplemento di riflessione su un fatto apparentemente di difficile comprensione; ed è che, pur essendosi con il tempo viepiù arricchito l'armamentario predisposto per l'esercizio delle funzioni della Corte, specie per mano di quest'ultima che ha fatto (e fa) luogo, a getto continuo, alla invenzione di tecniche decisorie nuove ovvero all'affinamento di tecniche preesistenti, parrebbe che non possa comunque farsi a meno di forgiare ulteriori strumenti, dei quali proprio di recente si sono avute discusse (e discutibili) applicazioni.

Qui, il discorso coinvolge direttamente i diritti fondamentali, unitamente ad altri interessi costituzionalmente protetti. È la scoperta di sempre nuovi diritti e le crescenti pretese di appagamento avanzate sia dagli stessi che dai vecchi diritti, a portare naturalmente all'esito appena indicato; e crescendo le pretese in parola, crescono altresì e si fanno sempre più vistose le omissioni del legislatore. Sembra quasi una gara di corsa che vede costantemente avanti i diritti e dietro il legislatore che affannosamente li rincorre, nel mentre i primi guadagnano sempre più terreno. La forbice tra ciò che è già normato e ciò che dovrebbe normarsi si allarga così sempre di più, anche per effetto di ingravescenti emergenze che mettono sotto *stress* i diritti (e, in genere, i beni della vita costituzionalmente protetti), sollecitando allo stesso tempo operatori diversi dal legislatore (e, segnatamente, i giudici) a quell'opera di "supplenza" —com'è ormai comunemente chiamata— alla quale essi non dovrebbero, perlomeno secondo modello, far luogo. La qual cosa, poi, si traduce in un pregiudizio grave, insopportabile, per quel principio della separazione dei poteri che —come sappiamo— è elemento identificativo della Costituzione e qualificante

dello Stato costituzionale, secondo la mirabile definizione datane dall'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, e, *per ciò stesso*, in un *vulnus* irrimediabile per i diritti che hanno vitale bisogno, al fine di essere appagati come si conviene, del mantenimento della distinzione dei ruoli, pur nelle forme nuove che ne connotano le manifestazioni nel tempo presente.

In questo contesto, qui appena abbozzato in alcuni dei suoi lineamenti maggiormente espressivi, i giudici fanno ciò che possono (e, però, talora anche di più...), producendo uno sforzo poderoso nell'intento di dare una qualche risposta a domande di giustizia che sono loro rivolte in modo viepiù pressante, preoccupati di porre un argine alle vistose omissioni del legislatore, se non pure di rimediarvi del tutto.

Un solo esempio per tutti. E, dunque, si rammenti la sofferta vicenda che ha visto un intervento in due tempi della Consulta su *Cappato*. Dapprima, con la ord. n. 207 del 2018, con la quale a giudizio di molti commentatori è stata inaugurata una nuova tecnica decisoria, la Corte si limita a denunziare l'indebita omissione da parte del legislatore, lasciando allo stesso tempo intendere di non potervi porre rimedio con le sue sole forze (come di consueto, in nome del limite del rispetto della discrezionalità del legislatore). In un secondo tempo, poi, perdurando l'indebita inerzia delle assemblee legislative, la Corte provvede (con la sent. n. 242 del 2019) a far ciò che non aveva fatto prima a mezzo di una sentenza-"legge" che riprende la ordinanza-"delega" dell'anno prima, sollecitando nondimeno ancora una volta il legislatore ad intervenire e, però, consegnando una disciplina normativa di già autosufficiente e rimettendosi ai medici per gli accertamenti richiesti dai casi. La differenza con la delega legislativa (in senso proprio) è, poi, data dal fatto che a quest'ultima segue un atto normativo dotato dei connotati della generalità e dell'astrattezza, mentre qui le regole specificativo-attuative dei "principi e criteri direttivi" impartiti dalla Corte-legislatore possono aversi, negli spazi consentiti da questa, unicamente per mano dei giudici e degli operatori sanitari con effetti, perciò, valevoli per i singoli casi, varii con il variare degli stessi.

Se ci si pensa, l'unica giustificazione che può addursi a sostegno dell'intervento manipolativo posto in essere dalla Consulta (ed alla quale quest'ultima fa appello nella sua decisione di fine-parti-

ta) è la perdurante inerzia del legislatore, resa palese dall'inutile decorso del termine di un anno dapprima concessogli. Da nessuna parte, però, sta scritto che le decisioni della Corte possono fissare termini per l'adozione di leggi ritenute costituzionalmente necessarie e —ciò che più importa— che il limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, come che sia inteso, possa valere *a scomparsa*, esservi la prima volta e non esservi più la seconda.

Se ci si pensa, viene in tal modo, a conti fatti, a sfumare la differenza tra le omissioni assolute e quelle relative, nel mentre si assiste ad un appiattimento della tipizzazione dei ruoli istituzionali tanto per ciò che concerne i rapporti tra Corte costituzionale e legislatore quanto per quelli riguardanti quest'ultimo e gli stessi giudici comuni, con grave sofferenza a danno del principio della separazione dei poteri.

È significativa, al riguardo, la circostanza per cui nel caso *Cappato*, per effetto dell'inerzia del legislatore, la Consulta, volendo comunque dare appagamento ad un'aspettativa avvertita, oltre che dal soggetto di causa, da una consistente parte della pubblica opinione, si è trovata costretta a spostare il tiro rispetto all'impostazione adottata con la ord. 207; e, mentre in quest'ultima ha sollecitato il legislatore ad intervenire sulla legge n. 219 del 2017 relativa alle esperienze di fine-vita, con la 242 del 2019 si è trovata costretta a far luogo ad un'addizione all'articolo 580 c.p., evocato nell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità, vale a dire su una norma comunque diversa da quella su cui il legislatore avrebbe dovuto operare. Per quest'aspetto, il caso ricorda quello, dietro già richiamato, di cui a Corte cost. n. 170 del 2014; ed è chiaro che, ove le sentenze "normative" della Consulta —per riprendere una risalente ma sempre più attuale qualifica datane da un'accreditata dottrina— abbiano ad oggetto una legge diversa da quella *ratione materiae* evocata dal caso, la distinzione tra omissioni *assolute* ed omissioni *relative* —come si diceva— viene a sfumare, per non dire che si dissolve del tutto.

Fino a pochi anni addietro si pensava (e, per vero, ancora oggi molti pensano) che avverso le omissioni assolute non vi fosse alcun rimedio; la Corte oggi ci mostra che invece esso può talora aversi, seppur con il costo —francamente insopportabile— di un innalzamento vistoso e insopportabile del tasso di politicità del giudizio.

V. La salvaguardia dei diritti: il modello costituzionale e le sue torsioni, dovute ad eccessi ovvero a difetti di normazione e talvolta, di conseguenza, a forzosi adattamenti della stessa ad opera dei giudici

Il vero è che le esperienze riguardanti la salvaguardia dei diritti rendono testimonianza di una complessiva torsione del modello costituzionale che ha la sua radice proprio in acclarate omissioni di cui si renda responsabile il legislatore.

Dei lineamenti del modello si è detto in altre sedi e non giova pertanto illustrarne qui nuovamente i connotati. Mi limito solo a richiamare gli esiti ricostruttivi altrove raggiunti, fermando l'attenzione in particolare su due punti di cruciale rilievo.

Il primo attiene alla differenza che va a mia opinione fatta tra il *riconoscimento* (nella sua ristretta e propria accezione) e la *tutela* dei diritti. Molti riportano il primo alla disciplina positiva dei diritti stessi e la seconda alla protezione ad essi assicurata in sede giurisdizionale. A mio modo di vedere, il primo lemma va riservato esclusivamente alla "invenzione" di un diritto o, diciamo pure, al *riconoscimento primo* dello stesso, quale si ha, con specifico riguardo ai nuovi diritti privi di esplicito riscontro in Costituzione, laddove siano fatti oggetto di previsione con legge. A quest'ultima compete, infatti, per un fisiologico svolgimento del modello (e, dunque, in conformità rispetto alle indicazioni discendenti dal principio della separazione dei poteri), la "scoperta" di un nuovo diritto, la sua estrazione dagli strati più profondi del corpo sociale in cui si radica ed afferma e la sua emersione in vista della ottimale implementazione, alle condizioni oggettive di contesto, nell'esperienza.

Quanto poi al secondo lemma, esso non ha significato unicamente sul versante della protezione giudiziaria ma, ancora prima di questa, concerne la disciplina positiva posta in essere al fine di dare la necessaria specificazione-attuazione ai disposti che danno il riconoscimento suddetto.

Il secondo punto attiene al *modo* o alla *forma* con cui il riconoscimento stesso può (e deve) aver luogo.

Due, a mio modo di vedere, le garanzie migliori di cui si dispone in vista di una fedele ricognizione dei diritti, una di sostanza ed una di forma.

La prima rimanda alla essenza stessa dei diritti. È di tutta evidenza che il portare alla luce ciò che era dapprima nascosto può risultare non di rado forzoso o, diciamo pure, arbitrario. D'altronde, gravando questo compito su operatori politico-istituzionali, il rischio del preorientamento ideologico è invero incombente ed occorre, pertanto, predisporre misure atte a contenerlo fin dove possibile, se non pure a pararlo del tutto.

Ora, non è di qui tornare ad interrogarsi su cosa sia un "diritto fondamentale" e quali ne siano i tratti esteriori identificanti. Proprio però per il fatto di dover andare oltre la "logica" delle divisioni in schieramenti politici, a me pare che il modo più sicuro di far luogo ad una retta ricognizione dei diritti in parola sia quello di far capo a delle *consuetudini culturali di riconoscimento* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. La prima e più efficace garanzia sostanziale sta, dunque, nella fedeltà degli atti con cui sono "inventati" i diritti alle consuetudini in parola.

Tutto ciò, tuttavia, non basta; e qui soccorre la garanzia formale, vale a dire il bisogno che a siffatta invenzione provvedano atti di forma costituzionale, i soli idonei a portarsi oltre la "logica" di schieramento suddetta. Ed è bensì vero che le stesse leggi costituzionali e di revisione costituzionale possono essere il frutto esclusivo della maggioranza di turno, secondo quanto peraltro si è talora verificato ovvero si è tentato di fare. Si converrà, tuttavia, che le leggi in parola, a motivo del procedimento stabilito per la loro formazione, sono le sole in grado di esibire le migliori credenziali perché questa evenienza non si abbia, allo stesso tempo offrendo le più efficaci garanzie di un'adeguata ponderazione delle soluzioni normative prescelte. Francamente, inorridisco al solo pensare che con legge comune possa aver luogo il "riconoscimento", nella ristretta accezione qui accolta, di un nuovo diritto fondamentale, tanto più poi laddove dovesse avere ad oggetto i momenti vitali dell'esperienza umana, l'inizio e la fine della esistenza, col rischio che una diversa maggioranza politica o magari —e peggio— la stessa maggioranza cui si debba il riconoscimento stesso possa quindi mutare avviso, imponendo una soluzione anche radicalmente diversa da quella anteriormente posta in essere.

Sta di fatto che il modello qui nuovamente patrocinato non ha da noi trovato accoglienza; e così le leggi riguardanti nuovi diritti, quando vengono alla luce (non di rado, in modo particolarmente travagliato ed in un clima complessivamente confuso), si presentano viziate ora per eccesso ed ora per difetto, senza riuscire a raggiungere il necessario equilibrio interno.

Per il modello teorico nel quale mi riconosco, infatti, ad una prima disciplina con fonte di forma costituzionale dovrebbe far seguito un'ulteriore disciplina, volta – come si è veduto – a dare la *tutela* ai diritti previamente *riconosciuti*, essa pure connotata da duttilità di struttura e, perciò, da apertura ed essenzialità dei disposti, sì da potersi quindi consegnare agli operatori (e, segnatamente, ai giudici) in vista delle sue opportune specificazioni-attuazioni in ragione dei casi.

La "delega" ai giudici s'impone: ne dà sicura conferma la circostanza per cui ogni qual volta il legislatore ha fatto luogo a discipline connotate da disposti eccessivamente dettagliati e rigidi, tanto più se infarciti da divieti irragionevoli, i giudici si sono trovati costretti a temperarne la formulazione: la Consulta vi ha fatto luogo a mezzo di pronunzie anche significativamente manipolative; i giudici comuni, laddove non abbiano sollecitato la prima a far luogo alla caducazione "secca" ovvero alla riscrittura della disciplina suddetta, hanno provveduto (e provvedono) per via di reinterpretazione... *abrogans*.

VI. Gli sforzi prodotti in sede giudiziaria al fine di porre rimedio alle omissioni legislative, specie a mezzo della tecnica della c.d. "applicazione" (rectius, "attuazione") della Costituzione, i casi in cui un'operazione di giustizia costituzionale non sortisca gli effetti sperati a causa di vizi congeniti delle questioni portate alla cognizione della Consulta, gli usi maldestri della tecnica della interpretazione conforme

Se le cose stanno come qui sono viste, è chiaro che risultano evidenti annose e gravi omissioni assolute, di cui si è reso responsabile il legislatore costituzionale per ciò che attiene al ricono-

scimento dei diritti fondamentali, mentre quanto all'operato del legislatore comune il quadro si presenta maggiormente articolato: per un verso, infatti, non mancano gravi omissioni, sia assolute che relative; per un altro verso, si è invece assistito —come si è veduto— ad eccessi di normazione produttivi di guasti non meno rilevanti di quelli riportabili al difetto di disciplina legislativa.

Le torsioni del modello registratesi al piano della legislazione hanno poi avuto la loro speculare proiezione —come si diceva— al piano della giurisdizione, obbligata a quell'innaturale ruolo di "supplenza" cui si è sopra fatto cenno. Al tirar delle somme, a pagarne le conseguenze è stata la Costituzione che, per effetto delle disfunzioni di ordine istituzionale, è venuta a trovarsi in uno stato di palese sofferenza, vulnerata nella sua stessa essenza.

Se ne sono avute non poche testimonianze anche nei casi in cui, ad una prima (ma erronea) impressione, la legge fondamentale della Repubblica parrebbe essere stata (ed essere) sollecitata ad esprimersi al meglio di sé, valorizzata nella sua forza normativa. Così, ad es., nei casi in cui se n'è fatta (e se ne fa) "applicazione" diretta (*rectius*, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, "attuazione"), avendo i giudici prodotto quelle regole, in svolgimento dei principi costituzionali, cui avrebbe dovuto far luogo il legislatore, facendole valere per le peculiari esigenze dei casi.

In realtà, i principi si aprono sempre, per loro indeclinabile vocazione, a raggiera, rendendosi disponibili alla estrazione delle regole più varie: regole che, dunque, non sono *mai* desunte "a rime obbligate", per riprendere la felice metafora crisafulliana. È singolare, poi, il fatto che siffatta attitudine alla (supposta) "applicazione" diretta in difetto di legge non sia riconosciuta anche alle altre Carte dei diritti, che peraltro in ambito interno, a seguito della loro ricezione, sono, *quoad formam*, atti legislativi. Il vero è che dell'"applicazione" in parola non si discorre per la elementare ragione che l'obiettivo della giurisprudenza costituzionale è incentrato sulla Costituzione, tant'è che non si è dato —che io sappia— alcun caso in cui si è preso atto di una lacuna costituzionale idonea ad essere colmata attraverso il riferimento ad altre Carte, alle quali si fa, sì, assai spesso richiamo ma sempre (e solo) a rinforzo di una previsione presente nella nostra legge

fondamentale, nell'assunto, evidentemente, che essa sia perfetta in sé e per sé, e cioè – come si è fatto notare altrove – che dica *tutto su tutto* e lo dica sempre *nel modo migliore*. La qual cosa, poi, a tacer d'altro, contraddice la premessa, nella quale la Consulta da tempo si riconosce (v., part. sent. n. 388 del 1999), secondo cui la Costituzione e le altre Carte "si integrano reciprocamente nella interpretazione".

Il vero è che —come si è argomentato altrove— la riscontrata omogeneità *quoad substantiam* fa a pugni con la gerarchizzazione *quoad formam*; e la Consulta ad oggi è ferma nella sistemazione piramidale dei documenti in parola, tutti comunque tenuti, ora più (CEDU ed altre Carte) ed ora meno (Carta dell'Unione), a prestare ossequio alla Costituzione.

Se, però, la questione qui specificamente discussa è riconsiderata al piano della *teoria dell'interpretazione*, e non già a quello, cui è invece usualmente ambientata, della *teoria delle fonti*, la mutua integrazione di tutti i documenti materialmente costituzionali porta naturalmente all'esito per cui, nel momento stesso in cui si fa applicazione diretta della Costituzione, si fa pure di altre Carte alla cui luce la prima è intesa e senza sosta semanticamente aggiornata. Una notazione, questa, che ovviamente si riflette poi anche sul piano in cui prendono forma le tecniche di risoluzione delle antinomie tra le norme delle Carte in parola e le leggi nazionali. È chiaro, infatti, che, laddove dovesse aversi applicazione diretta della Carta dell'Unione al posto di legge con essa incompatibile, essa, in buona sostanza, trascinerebbe con sé anche la CEDU, alla cui luce peraltro la prima espressamente richiede (art. 53) di essere intesa e fatta valere.

Ora, i riflessi della impostazione qui adottata sulla questione che ci occupa sono di particolare rilievo.

Per un verso, la simultanea vigenza in ambito interno di più documenti materialmente costituzionali e la loro naturale attitudine ad avanzare pretese crescenti di appagamento, resa viepiù marcata da una sorta di competizione che tra di essi s'intrattiene e rinnova nei singoli casi all'insegna del "metaprincipio" —come lo si è altrove chiamato— della massimizzazione della tutela, fa sì che risultino sempre più vistosi i ritardi e le complessive caren-

ze della legislazione, obbligata peraltro a rincorrere —come si è veduto— una giurisprudenza a sua volta sempre più imponente e bisognosa della opportuna "razionalizzazione" positiva, perlomeno in relazione agli indirizzi sui quali si registrino tangibili e consolidate convergenze delle Corti. Quanto più avanzata ed incisiva nel tessuto sociale ed ordinamentale appare infatti essere la giurisprudenza, tanto più gravi ed evidenti risultano le omissioni del legislatore, assolute o relative che siano.

Per un altro verso, però, il fatto stesso della esistenza degli indirizzi suddetti, specie laddove dovessero constare non soltanto da indicazioni di principi ma anche da regole bastevoli per la risoluzione dei casi, può, nei fatti, rendere meramente opportuno ma non sempre necessario l'intervento del legislatore, il quale peraltro potrebbe sentirsi sgravato delle responsabilità connesse al suo *munus* proprio dalla (supposta) autosufficienza delle indicazioni somministrate dai giudici.

Non siamo in grado di dire con certezza se la perdurante inerzia registratasi con riguardo ad alcuni diritti, specie a quelli scientificamente sensibili, si debba alla ragione da ultimo esposta ovvero se sia da riportare ad altre cause, tra le quali principalmente quella di una ormai endemica crisi della rappresentanza politica, della quale si hanno molti ed inequivoci segni, quale da ultimo la venuta alla luce del movimento delle c.d. "sardine", emblematica testimonianza del diffuso discredito che si ha in seno al corpo sociale nei riguardi delle forme tradizionali di aggregazione e trasmissione della domanda politica.

Il vero è che la stessa esistenza (e, quindi, la consistenza) delle omissioni risulta da plurimi fattori, suscettibili di combinarsi in vario modo a seconda del contesto in cui s'inscrivono ed operano, delle singole vicende processuali, dei parametri in ciascuna di esse evocati in campo e di quant'altro concorre a fare le questioni sottoposte all'esame dell'autorità giudicante.

Si consideri solo un dato di comune esperienza. È sufficiente che sia, ovvero non sia, fatto richiamo di certi parametri e non pure di altri che di una omissione legislativa può aversi ovvero non aversi riscontro; ed è sufficiente che la domanda di giustizia sia posta a modo o, all'opposto, sia male impostata ed argomen-

tata perché nuovamente l'omissione risulti ovvero non risulti palese.

Ancora prima, poi, vi sono i casi, la cui cognizione a conti fatti sfugge alla percezione anche degli studiosi e degli operatori culturalmente più attrezzati, in cui una questione non riesce a pervenire alla Consulta (ad es., perché mal posta davanti al giudice comune ovvero per il fatto che quest'ultimo si determini a fare un uso particolarmente incisivo e talora – diciamo pure – forzoso della tecnica della interpretazione conforme), ed ecco che la omissione non ha modo di venire ad emersione e il legislatore, pertanto, non riceve alcuna sollecitazione ad attivarsi per rimediare a strutturali carenze del dettato normativo in vigore.

La tecnica ora richiamata, nel suo porsi in rapporto con le omissioni legislative, richiederebbe una trattazione a sé: è un versante, questo, infatti, ancora oggi bisognoso di essere esplorato come si conviene, malgrado la tecnica stessa sia stata fatta da tempo (e seguiti incessantemente ad essere fatta) oggetto di studi numerosi ed approfonditi.

Fermo qui l'attenzione solo su un punto; ed è che la tecnica stessa, seppur sapientemente utilizzata, non può comunque, per un suo invalicabile limite, porre adeguato rimedio alle omissioni legislative. Quand'anche sia infatti portata ad incisive applicazioni, essa non è in grado di colmare una lacuna legislativa, salvo il caso che, per il suo tramite, riescano a consolidarsi indirizzi giurisprudenziali fatti valere in modo uniforme nel tempo in relazione ai medesimi casi.

La duttilità strutturale che connota la tecnica in parola, suscettibile di espandersi ovvero contrarsi a fisarmonica, dà modo alla stessa di offrire un servizio prezioso alla pratica giuridica ed ai diritti in essa emergenti. Si dà tuttavia, a mio avviso, un risvolto negativo parimenti innegabile, che viene specificamente ad evidenza laddove la stessa sia sollecitata ad uno sforzo che, in realtà, non è in grado di sopportare; ed è quello, dietro già accennato, che si ha per effetto della innaturale conversione dei giudici in operatori politici, con il pregiudizio per gli stessi diritti che, al tirar delle somme, fatalmente si accompagna allo smarrimento della tipizzazione dei ruoli istituzionali.

VII. Una succinta notazione finale

Questa riflessione —come si è veduto dagli svolgimenti argomentativi che l'hanno accompagnata— non ha conclusione. Il quadro complessivo che da essa emerge esibisce, infatti, un intreccio di linee che parrebbero portare in direzioni diverse, persino opposte. D'altro canto, la opacità del quadro è la stessa che, in seno all'ordine interno, contraddistingue le relazioni tra legislatore e giudici (e di questi ultimi *inter se*), come pure, poi, quelle che si hanno tra operatori incardinati in ordinamenti o sistemi normativi diversi.

Lo stesso accertamento di una "omissione", nella ristretta e propria accezione qui accolta e che la vede riferita unicamente ai casi di mancato intervento obbligatorio del legislatore, risulta molte volte soggetto non solo all'alea del suo riscontro in sede giudiziaria ed alla variabile di sempre possibili divergenze di orientamento dei giudici ma anche alle oscillazioni connaturate alla sua stessa "misurazione". E, invero, se si conviene a riguardo del fatto che la disciplina positiva, specie per ciò che concerne i nuovi diritti (e più ancora quelli scientificamente sensibili), ha da connotarsi come duttile ed essenziale, facendo rimando per le sue opportune specificazioni a regole di volta inventate dai giudici in relazione ai peculiari connotati di ciascun caso, se ne ha che la disciplina stessa deve, sì, esservi ma deve anche fermarsi ad un certo punto, peraltro vario da un diritto all'altro. Ed è chiaro che di lì in avanti è del tutto improprio discorrere di una "omissione" legislativa, la quale non si ha per la elementare ragione che essa —come si è veduto— presuppone la necessaria esistenza di una legge che non c'è, mentre qui si ha il suo opposto, la sua necessaria non esistenza.

Ora stabilire a quale grado di approfondimento le leggi possano (e debbano) spingersi e dove invece debbano arrestarsi è assai problematico ed incerto, a conti fatti dovendosi allo scopo far rimando al canone, per sua natura sfuggente, della ragionevolezza, in una delle sue più espressive applicazioni, vale a dire quale congruità delle norme, a un tempo, rispetto ai casi e rispetto ai valori, nelle mobili combinazioni sia degli elementi costitutivi dei primi che dei secondi, per il modo con cui sono evocati in campo.

Un metro sicuro, al tirar delle somme, non si ha ed è giusto che non si abbia; sono piuttosto i singoli operatori a doversi assumere la responsabilità, assai gravosa, di dover stabilire la linea di confine tra il campo in cui le omissioni si rendono palesi e quello in cui invece esse non si hanno e sarebbe forzoso di contro affermarne la esistenza.

Nello scenario qui molto sommariamente delineato, il ruolo del legislatore viene ad emersione —come dire?— *di risulta*, per il modo con cui ne è sollecitato ovvero escluso l'operare da parte dei giudici. Non si perda di vista, tuttavia, che sono proprio questi ultimi ad entrare in campo di rimessa, per il fatto che alcune domande di tutela diffusamente ed intensamente avvertite non trovano risposta adeguata da parte del legislatore e s'indirizzano perciò ai giudici.

Il rapporto tra gli operatori è, a conti fatti, circolare: leggi e atti giurisdizionali si condizionano infatti a vicenda con un moto senza fine ed in seno ad un circuito in cui tutte s'immettono ed inseguono, senza che peraltro sia agevole stabilire se sia maggiore l'influenza che si ha nell'uno ovvero nell'altro verso.

Il pendolo, insomma, oscilla a tutto campo, in modo perpetuo, segnando equilibri di ordine istituzionale essi pure strutturalmente precari e, con essi, parimenti oscillanti e precarie realizzazioni dei diritti.

III

La revisione costituzionale ed i diritti fondamentali: la garanzia del procedimento aggravato, i diritti costituzionali come limite alla revisione e le garanzie del rispetto dei limiti

La revisión constitucional y los derechos fundamentales: las garantías del procedimiento agravado, los derechos constitucionales como límite a la revisión y las garantías del respeto de los limites

La revisión constitucional y los derechos fundamentales: el caso de España

Ana Carmona Contreras

Sumario: I. Situando los derechos fundamentales en su contexto constitucional de referencia. II. Los mecanismos de reforma constitucional en la Constitución de 1978. III. ¿Existen límites al poder de reforma constitucional en España? IV. Reflexiones conclusivas: necesidad de *aggiornamento* constitucional de los derechos.

I. Situando los derechos fundamentales en su contexto constitucional de referencia

Abordar la cuestión que se nos propone requiere, como punto de partida ineludible, hacer una referencia al doble carácter que presentan los derechos fundamentales en las constituciones democráticas contemporáneas. Al hilo de tal construcción, estos muestran una configuración compleja, puesto que incorporan una dimensión subjetiva, por cuanto traen consigo el reconocimiento y la atribución de facultades de actuación u omisión a favor de los individuos. Asimismo, son portadores de una vertiente objetiva, afirmándose como fundamento del ordenamiento jurídico y de la actuación de los poderes públicos, la cual se aparece vinculada por un imperativo deber de respeto y también de promoción de los mismos. De esta forma, en el ciclo constitucional que se inaugura tras el final de la Segunda Guerra Mundial, los derechos fundamentales —y la carga axiológica que los mismos

presentan en cuanto expresión de la dignidad de la persona y, por ende, inviolables— operan como sustrato obligado en el que hunde sus raíces toda Constitución democrática, como obligada expresión de la soberanía popular.

La Constitución española de 1978 (CE) reproduce fielmente este planteamiento de fondo, según se colige del establecimiento de una serie de límites y garantías de los derechos fundamentales (recogidos en el cap. 2 del tít. I —arts. 14 a 38—), cuyos destinatarios son los poderes públicos en general y el legislativo en particular. En cuanto poderes constituidos, todos ellos, sin excepción alguna, quedan vinculados por los derechos fundamentales. Así se desprende de la dicción literal del artículo 10.1 CE, en donde se dispone que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

En consonancia con tal premisa, encontramos un rico catálogo de garantías constitucionales que viene a proyectar sus efectos en el *plano objetivo*, al establecerse un régimen de protección integrado por una serie de mecanismos recogidos en el artículo 53.1 CE, a saber: *1)* afirmación de la existencia de un contenido esencial que se predica de cada derechos individualmente considerado y cuyo respeto se impone, en todo caso, como *límite de los límites*; *2)* atribución de eficacia directa que asegura su efectividad práctica al margen de su desarrollo normativo; y *3)* reserva de ley, entendida como reserva de competencia reguladora a favor del Parlamento, como órgano depositario de la soberanía popular. El respeto de tales exigencias, por lo demás, queda garantizado mediante el instituto del control de constitucionalidad de las leyes, que corresponde al Tribunal Constitucional en su condición de máximo intérprete de la Constitución. En el ámbito de las *garantías subjetivas*, todos los derechos fundamentales gozan de la protección de la tutela judicial efectiva que brindan los tribunales (art. 53.2 CE) y que, en sí misma, también es reconocida como un derecho autónomo en el artículo 24 CE. Hemos de señalar que, por lo que respecta a un determinado grupo de derechos fundamentales (la igualdad, recogida en el art. 14 CE y todos los comprendidos en la sec. 1 del cap. 2 del tít. I —arts. 15

a 29—), dicha tutela experimenta un sustancial reforzamiento, puesto que gozan de la protección preferente y sumaria ofrecida por los tribunales de la jurisdicción ordinaria a través del denominado recurso de amparo judicial. De forma subsidiaria —"*en su caso*", es la locución empleada por el art. 53.2 CE *in fine*— también reciben (junto con la objeción de conciencia recogida en el art. 30.2 CE) la ofrecida por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo de la misma naturaleza.

A la luz de lo expuesto, resulta preciso detenerse para realizar una reflexión más amplia en torno a la diferenciación detectada en el terreno del diseño de la tutela jurisdiccional que acompaña a los derechos fundamentales aludidos. Porque esa voluntad diversificadora no agota sus efectos en dicho ámbito ya que, como se verá en las páginas siguientes, también se constata a la hora de establecer los procedimientos para su modificación a través de la reforma constitucional. En este sentido, y para solventar toda sombra de duda, debemos enfatizar la idea de que todos los derechos y libertades públicas proclamadas por la Constitución española en el capítulo 2 de su título I, son igualmente fundamentales en términos sustanciales, sin que quepa establecer una relación de jerarquía entre los de la sección 1 y aquellos otros recogidos en la 2. La diferencia introducida entre ambos grupos, por el contrario, circunscribe sus efectos exclusivamente al ámbito de las garantías, ofreciendo un plus añadido o reforzado que viene a superponerse, añadiéndose, al régimen general establecido tanto en la esfera de la protección jurisdiccional como en la de las garantías objetivas. De esta forma, la genérica reserva de ley prevista para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que prevé el artículo 53.1 CE se torna en una reserva cualificada a favor de la ley orgánica cuando del desarrollo de los derechos de la sección primera se trata. En este sentido, la categoría de ley orgánica aparece reservada a favor de un elenco tasado de materias (recogidas por el art. 81.1 CE) y, asimismo, su aprobación, modificación o derogación requiere la mayoría absoluta del Congreso, "en una votación final sobre el conjunto del proyecto" (art. 81.2 CE).

Una aproximación similar a la señalada se constata en relación con la garantía extraordinaria de la reforma constitucional,

según aparece regulada en el texto de 1978. Como premisa común de fondo, la modificación del estatuto de cualquier derecho fundamental establecido en sede constitucional requiere de modo inexorable, independientemente cuál sea su ubicación en el capítulo 2 del título I, acudir a la vía de la reforma constitucional. Tal operación, consecuentemente, queda tal vetada en todo caso a la acción de los poderes constituidos. A partir de tal afirmación de partida, sin embargo, la existencia de un doble procedimiento para llevar a cabo la transformación de la norma suprema vuelve a situar los derechos fundamentales en carriles distintos. En efecto, mientras que la reforma del principio de igualdad (art. 14 CE) y de los derechos comprendidos en la sección 2 (arts. 30 a 38 CE) se vehiculará a través del cauce previsto en el artículo 167 CE, la referida a los de la sección 1 (arts. 15 a 29 CE) exigirá necesariamente transitar por la vía de la revisión agravada establecida en el artículo 168 CE. Una vez trazado el cuadro general de referencia, a continuación, podemos centrarnos en el análisis de las cuestiones propuestas en esta sección, analizando sus principales rasgos configuradores en el caso de España.

II. Los mecanismos de Reforma Constitucional en la Constitución de 1978

2.1. Procedimiento de reforma simplificada u ordinaria: artículo 167 CE

En relación con esta vía de reforma, la primera idea a exponer hace referencia a que el nivel de exigencia establecido, tanto para su activación como para ser tramitada y aprobada, se perfila, como tendremos ocasión de constatar, de un modo decididamente menos exigente que el previsto en el artículo 168 CE. La alusión a este último precepto resulta pertinente atendiendo a una perspectiva material, puesto que debe entenderse que el ámbito de las cuestiones accesibles al cauce del artículo 167 es, por exclusión, aquel que no aparece expresamente reservado al del 168. Resulta, pues, que el margen de intervención del poder de reforma simplificada es mucho más amplio en términos cuantitativos, pudiendo proyectar su acción sobre un nutrido grupo de

previsiones constitucionales, entre las que se encuentran no solo todos los derechos fundamentales que no aparecen recogidos en la sección 1 del Capítulo 2 del Título I, esto es, los contemplados en la sección 2, sino también todas las garantías que los protegen. Atendiendo a este dato, cabría afirmar que estamos ante la que se configura como la *vía ordinaria* de reforma, por contraposición a la otra existente que se articula como vía extraordinaria.

En cuanto a los *sujetos legitimados* para ponerla en marcha, el artículo 166 CE remite, para su determinación, a lo previsto en relación con la iniciativa legislativa ordinaria. En tal sentido, debemos recordar que la misma viene atribuida al Gobierno, el Congreso, el Senado y, en último lugar, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Ha de llamarse la atención, sin embargo, sobre una circunstancia tan significativa como es que la iniciativa legislativa popular (regulada en el art. 87.3 CE) queda excluida de la lista de legitimados. Consecuentemente, la reforma constitucional nunca tendrá su origen en una decisión activada directamente por el cuerpo electoral.

Por lo que a su *tramitación* se refiere, el elemento más destacable es la exigencia de una mayoría de tres quintos en ambas cámaras para proceder a su aprobación. Resulta obligado traer a colación la previsión introducida para el supuesto de que existieran discrepancias entre el contenido de los textos aprobados en las respectivas Asambleas. Para tal caso, se establece un mecanismo de resolución del conflicto planteado que requiere "la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores" cuya misión se cifra en eliminar las diferencias constatadas y presentar un texto "que será votado por el Congreso y el Senado" (art. 167.1 *in fine* CE). Para el caso de que dicha votación no obtuviese la preceptiva mayoría de tres quintos, se introduce una cláusula de salvaguarda en cuya virtud se atribuye al Congreso la facultad de aprobar la reforma por mayoría de dos tercios "siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado" (art. 167.2 CE). De este modo, viene a establecerse un mecanismo compensatorio mediante el que la rebaja en la exigencia de la mayoría que se constata en la Cámara Alta viene acompañado de la correlativa elevación exigida en el Congreso (que, de este modo, vuelve a erigirse en el sujeto predominante del imperfecto sistema bicameral español).

Una vez concluido el *iter* parlamentario, cabe la posibilidad de que la reforma aprobada por la representación popular sea sometida a la ratificación del cuerpo electoral. Tal eventualidad se contempla con carácter potestativo, puesto que solo se llevará a cabo "cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras" (art. 167.3 CE). De no contar dicha solicitud con el respaldo mayoritario de las Cortes Generales (en este supuesto, se requiere mayoría simple y no cualificada) el proyecto de reforma, tras haber sido sancionado y promulgado por el jefe del Estado, se envía para su publicación al *Boletín Oficial del Estado*. Para el caso de que llegara a celebrarse la consulta de ratificación popular, debe llamarse la atención sobre el hecho de que sus resultados presentan efectos vinculantes, sin que la reforma aprobada por las Cortes Generales pudiera entrar en vigor en ausencia del respaldo mayoritario de la ciudadanía. No obstante, una hipótesis como la referida no ha llegado a producirse en la práctica, puesto que en los dos únicos casos de reforma constitucional acaecidos en España (en 1992, antes de ratificar el Tratado de Maastricht, para reconocer a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo en las municipales —art. 13.2 CE— y en 2011, incorporando el principio de estabilidad presupuestaria que rige en la Unión Monetaria Europea a la que España pertenece —art. 135 CE—) no llegó a someterse a referéndum.

2.2. Procedimiento de reforma agravada o extraordinaria: artículo 168 CE

Como se indicó, la activación de este segundo cauce de reforma está reservado para acometer la modificación de un elenco tasado de materias, a saber, el título preliminar (arts. 1 a 9 CE), en el que se contienen las señas de identidad del Estado, así como sus principios estructurales básicos; el título II, dedicado a la institución de la Corona; y los derechos fundamentales comprendidos en la sección 1 del capítulo 2 del título I. Asimismo, junto con este supuesto de reforma parcial relativa a contenidos específicamente señalados, también es esta la vía que permite abordar, como el propio precepto constitucional se encarga de apuntar, una "revisión total" de la misma (art. 168.1 CE).

En este supuesto, si bien la iniciativa para poner en marcha el procedimiento se atribuye a los mismos sujetos habilitados para el caso de la reforma simplificada, resulta relevante traer a colación una diferencia sustancial. En efecto, para que este cauce pueda efectivamente activarse se requiere el respaldo de los dos tercios de ambas Cámaras. De tal manera, que si tal exigencia no fuera cumplida, el *iter* de la revisión quedaría truncado *ab initio*. Para el caso de que no fuera así, al haber contado con el respaldo requerido, a continuación, se prevé la "disolución inmediata de las Cortes" (art. 168.1 *in fine* CE) y la convocatoria de elecciones. El sentido de estos comicios populares es claro, puesto que tienen como objetivo poner de manifiesto las líneas maestras de las transformaciones constitucionales patrocinadas por parte de las distintas fuerzas políticas en liza.

La primera actuación del nuevo Parlamento salido de las urnas se concreta en la necesidad —por lo demás, injustificada— de someter nuevamente a ratificación el principio de revisión. Superada tal exigencia y tras concluir la tramitación parlamentaria, la aprobación del proyecto de reforma constitucional requiere, en coherencia con la exigencia formulada para su activación, una mayoría de dos tercios tanto en el Congreso como en el Senado (art. 168.2 CE). En esta ocasión, y a diferencia de lo establecido en relación con la reforma por la vía del artículo 167 CE, los textos aprobados por ambas Cámaras deben ser necesariamente coincidentes, sin que se prevean mecanismos para aunar criterios y superar eventuales diferencias. Por su parte, en el punto de final del proceso, se encuentra la celebración, en esta ocasión con carácter preceptivo, un referéndum de ratificación popular (art. 168.3 CE), cuyo resultado, como no puede ser de otra forma, presenta efectos vinculantes.

Atendiendo a las extraordinarias exigencias que ha de cumplir esta vía de reforma agravada, configurada sobre la base de la necesidad de concitar el apoyo de una mayoría extraordinariamente cualificada en sede parlamentaria tanto en su origen como en la aprobación y cuyo desarrollo discurre a través de un complejo *íter* (disolución de las cámaras/elecciones/referéndum final de ratificación), no es de extrañar que nunca haya sido utilizada en la práctica, permaneciendo inédita tras cuatro décadas de vigencia de la Constitución.

III. ¿Existen límites al poder de reforma constitucional en España?

3.1. Perspectiva material

Desde una perspectiva material, la respuesta a la incógnita formulada es de índole negativa: la Constitución de 1978 no incorpora cláusulas de intangibilidad y, por tanto, no existen límites para el ejercicio del poder de reforma constitucional. Teóricamente, pues, estamos ante una facultad omnímoda que, en última instancia, incluso podría llegar a suprimir los derechos fundamentales.

No obstante, esta aseveración cambiaría de signo si la cuestión de los límites viene a plantearse en función de consideraciones que, más allá de las previsiones expresas del texto constitucional, atiende a exigencias de orden sistémico. En tal sentido, traemos a colación la referencia al artículo 10.1 CE, en donde se prevé que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". En virtud de lo dispuesto, nos inclinamos por considerar que en el ADN de nuestro sistema constitucional anida un componente básico referido a los derechos fundamentales cuyo mantenimiento no puede someterse a discusión (es indiscutible) con la finalidad de suprimirlo, puesto que ello conduciría a una adulteración que acabaría por desvirtuar la misma esencia de dicho sistema. Razonando de este modo, se llega a la conclusión de que el respeto de la dignidad, en cuanto principio irreductible que se proyecta sobre la configuración/comprensión de los derechos inviolables que son inherentes al ser humano, operaría como límite insuperable para el poder de reforma.

Una confirmación —si bien indirecta— del planteamiento aludido se constata en relación no con la determinación de los márgenes últimos accesibles a la transformación de la Constitución mediante su reforma, sino con respecto a la interpretación que mantiene el Tribunal Constitucional en torno a los límites de la cesión de competencias soberanas a favor de la Unión Europea. La referida operación de transferencia se lleva a cabo en el orde-

namiento español tomando como referente el artículo 93 CE, en donde se dispone que "mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución". Estamos, pues, ante una previsión mediante la que se establece una cláusula de naturaleza compleja que incorpora una doble vertiente en cuya virtud se atribuye a las Cortes Generales la facultad para la cesión (dimensión orgánica), exigiendo que la formalización de tal voluntad se produzca a través de una ley orgánica (dimensión procedimental). Nada se dispone, pues, sobre la existencia de materias o competencias *intransferibles*, esto es, cuyo ejercicio no es susceptible de ser cedido a una organización supranacional.

Esta es la aproximación mantenida por el Tribunal Constitucional en su decisión 1/1992, en la que se pronunció sobre la necesidad de reformar el artículo 13.2 CE con carácter previo a la ratificación del Tratado de Maastricht, al detectarse una clara oposición entre lo previsto por este (en materia de sufragio reconocido a los ciudadanos de los Estados miembros en los comicios locales) y la referida previsión constitucional y en la que abrazó una consideración del artículo 93 CE en clave orgánico-procedimental. Con posterioridad, sin embargo, este enfoque inicial cambió de signo, dando paso a una interpretación novedosa de dicho precepto que viene a atribuirle una dimensión de índole material. En efecto, en su decisión 1/2004, emitida con anterioridad a que el Reino de España procediese a ratificar el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Alto Tribunal defiende la idea de que la cesión del ejercicio de competencias no presenta un carácter ilimitado, puesto que existe un sustrato *resistente* a la misma. A partir de tal aseveración, se afirma lo siguiente:

> Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE) (F.J. 2).

Razona el máximo intérprete de la Constitución que si dichos elementos consustanciales del Estado (que actúan como efectivos *controlimiti*) quedasen comprometidos por el proceso de integración, poniéndose en riesgo o pudiendo quebrar, su cesión no podría llevarse a cabo. A tal efecto, hemos de subrayar que el TC va a mantener en todo momento una aproximación en clave decididamente condicional a la cuestión planteada, afirmando que si dicha hipótesis llegara a producirse —lo que se excluye expresamente en el momento actual de dicho proceso de integración europea— estaría abocado a arrogarse la competencia para defender ese reducto constitucional inexpugnable.

Expuestos los razonamientos esgrimidos en sede jurisprudencial, en relación con los límites materiales que se proyectan sobre el proceso de integración de España en la Unión Europea, consideramos pertinente llamar la atención sobre el carácter inmanente de los mismos (no aparecen expresamente recogidos en el texto de la Constitución), así como sobre el hecho de que su afirmación expresa es consecuencia de un proceso de naturaleza deductiva. Sobre la base de la aplicación de dicho *modus operandi* similar, reiteramos la idea anteriormente expuesta de que es posible llegar a una conclusión sustancialmente idéntica en relación con la existencia de un núcleo intangible referido a los derechos fundamentales (la dignidad humana) que marca un umbral insuperable también para el poder de reforma constitucional *ad intra*.

En todo caso, la discusión planteada circunscribe sus efectos exclusivamente al terreno de la especulación teórica, puesto que en la práctica no se ha llevado a cabo ninguna operación de modificación constitucional de derechos fundamentales en el sentido apuntado. Ítem más, la única reforma constitucional acaecida en España en dicho ámbito, lejos de introducir un efecto desnaturalizador o reductivo, ha traído consigo el efecto justamente contrario, esto es, la ampliación de la titularidad subjetiva del derecho concernido, atribuyendo también el sufragio pasivo a favor de los extranjeros en las elecciones municipales. Asimismo, llegado el caso, tampoco cabe perder de vista que, en el marco normativo vigente, a pesar del autoasumido papel de defensor de la Constitución que se arroga el tribunal frente a la cesión de competencias soberanas a la Unión Europea, lo cierto es no

existen cauces procesales pertinentes que permitan vehicular el planteamiento de la correspondiente demanda.

3.2. Perspectiva formal

Esta segunda dimensión de la cuestión nos sitúa frente a la existencia de una garantía procedimental. La incógnita, pues, gira en torno a la existencia de un mecanismo de control formal del proceso de reforma. En el ordenamiento español, la afirmación de dos vías mediante las que acometer la modificación de la Constitución resulta determinante en este sentido. Recuérdese que no estamos ante procedimientos de reforma intercambiables o cuyo uso dependa de la decisión discrecional de los actores legitimados para activarlos, puesto que, según se desprende expresamente de las previsiones correspondientes, el objeto y contenido del programa de transformación constitucional opera como criterio determinante a la hora de señalar cuál de ellos es el idóneo. Así, si lo que se pretende es modificar alguno de los derechos o libertades comprendidas en la sección 1 del capítulo 2 del título I, habrá que vehicular la iniciativa necesariamente a través del procedimiento establecido en el artículo 168 CE. Por el contrario, cualquier otra tentativa en materia de derechos fundamentales cuyo referente no se sitúe en dicha sección, deberá discurrir necesariamente a través del escenario dispuesto en el artículo 167 CE.

Siendo esta la premisa de partida y recordando que el texto constitucional de 1978 no incluye cláusulas expresas de intangibilidad, se colige sin dificultad que el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico queda circunscrito exclusivamente al ámbito del respeto de los procedimientos establecidos. En efecto, no cabe una verificación de la constitucionalidad de la operación de reforma en términos sustanciales, circunscribiéndose el radio de acción del control desarrollado a determinar si el cauce procesal elegido es no el correcto. Se trata, por lo demás, de un supuesto inédito, que carece de aplicación práctica en nuestro país, puesto que en las dos únicas ocasiones que se han producido reformas constitucionales —ambas a través de lo previsto en el art. 167 CE— no

se ha puesto en tela de juicio la corrección constitucional de la vía elegida.

Una cuestión relacionada con el tema de los límites formales que rigen los procedimientos de reforma se planteó en relación con el ítem seguido en 2011 al hilo de la tramitación parlamentaria de las modificaciones introducidas en el artículo 135 CE. En tal ocasión, con la finalidad de acelerar al máximo la aprobación del nuevo contenido de dicho precepto, al que se incorpora expresamente el principio de estabilidad presupuestaria y toda una pléyade de reglas que se deducen del mismo, la Mesa del Congreso acordó que su tramitación se llevaría a cabo mediante los procedimientos de urgencia (que acorta a la mitad la duración de los plazos de tramitación) y lectura única (que reduce sustancialmente el margen de actuación para el planteamiento y la discusión de enmiendas frente a la propuesta presentada), ambos regulados por el artículo 150 del Reglamento de la Cámara Baja. Van a ser precisamente las resoluciones adoptadas por la Mesa las que se impugnen a través de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, presentado por parte de un grupo de diputados pertenecientes a Izquierda Unida (fuerza política en la oposición, con un perfil extraordinariamente crítico en relación con la estabilidad presupuestaria y su constitucionalización). Alegaban los recurrentes la lesión de su derecho fundamental a desempeñar las funciones propias del cargo representativo (*ius in officium*), según aparece recogido en el artículo 23.2 CE. Lo que se impugna, pues, no es el contenido de la reforma en cuanto tal, sino la forma en la que su tramitación se llevó a cabo, solicitándose la declaración de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo. En relación con tal pretensión, los demandantes de amparo formulan un *petitum* que despliega sus efectos en ámbitos que se muestran interrelacionados: en primer lugar, se pone de manifiesto que la complejidad y trascendencia de la operación reformadora excluye *per se* la idoneidad de los procedimientos utilizados, precisamente, porque los mismos están pensados para tramitar proyectos normativos caracterizados por su simplicidad. En segundo lugar, no solo se denuncia la existencia de un déficit procesal (del que se deriva la alegada vulneración del derecho fundamental de participación política), señalándose, asimismo, la concurrencia de un error procedimental, puesto que la trami-

tación de la reforma debería haberse llevado a cabo acudiendo a lo previsto en el artículo 168 CE. Esta petición se justifica atendiendo a la incidencia directa que la propuesta de modificación del artículo 135 CE presentada proyecta sobre determinadas previsiones constitucionales, de forma muy señalada, la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE, título preliminar). No obstante, para el caso de que el Tribunal rechazara acoger tales argumentos, los recurrentes solicitan, de forma subsidiaria, que aun manteniéndose el cauce del artículo 167 CE se excluya taxativamente la tramitación urgente y en lectura única.

El TC, por su parte, en el auto 9/2012, procederá a inadmitir las demandas presentadas al considerarlas despojadas del requisito de "especial trascendencia constitucional" que se exige para entrar a conocer el fondo de los recursos de amparo (art. 50.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). No obstante, y a pesar de la decisión de inadmisión, el auto desarrolla un profuso razonamiento sobre la inexistencia de la vulneración del derecho fundamental alegado a cargo de las resoluciones y acuerdos adoptados por la Mesa del Congreso de los diputados. A este respecto, el TC haciendo gala de una aproximación de corte eminentemente formalista, señala que el déficit apuntado por los recurrentes en relación con los procedimientos utilizados para la tramitación de la reforma carece de fundamento normativo. En efecto, ni la Constitución ni los reglamentos parlamentarios establecen mecanismos específicos para acometer la discusión y aprobación de las iniciativas de modificación constitucional, de tal manera que las mismas se vehiculan a través de las vías *ordinarias* sin que quepa exigir la exclusión de aquellas que reducen a su mínima expresión la capacidad discursiva y de actuación de los parlamentarios —y, por tanto, de sus derechos— individualmente considerados.

A la luz de lo expuesto en este caso, pero más allá de las circunstancias concretas del mismo, la idea general a enfatizar es que el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en España no tiene como objeto su contenido, limitándose el TC a verificar la idoneidad de los actos mediante los que aquellas se tramitan. A tal efecto, y este es el segundo aspecto a remarcar, la única vía procesal para acceder a la jurisdicción

constitucional es el recurso de amparo, el cual, como no puede ser de otra forma, deberá basarse en la denuncia de violación del derecho fundamental de participación política que en el desarrollo de su cargo representativo corresponde a los parlamentarios.

IV. Reflexiones conclusivas: necesidad de *aggiornamento* constitucional de determinados derechos fundamentales

Como hemos tenido ocasión de señalar a lo largo de este trabajo, los mecanismos de reforma previstos por la Constitución de 1978 gozan de un ínfimo nivel de operatividad práctica en España. El hecho es que tras cuatro décadas de existencia avalados por un balance netamente positivo (estamos ante la Constitución más longeva de nuestra historia), no resulta posible ignorar que el edificio constitucional se resiente por el paso del tiempo y también por la trascendencia de los cambios acaecidos en los años transcurridos. La sociedad, la economía, la articulación territorial del poder o la funcionalidad de las instituciones han experimentado modificaciones dotadas de la máxima trascendencia que requieren contar con el pertinente reflejo constitucional. Se impone, pues, la necesidad de adecuar la Constitución a la realidad en la que esta opera, ya que, de lo contrario, quedará abocada a la pérdida de su fuerza normativa, así como de su capacidad para operar efectivamente como norma suprema del ordenamiento jurídico.

La fragmentación en la que se ha instalado el panorama político español a partir de 2014 (con la eclosión de nuevos actores que han logrado insertarse en el circuito representativo y que han venido a alterar el modelo de bipartidismo imperfecto vigente desde la entrada en vigor de la Constitución), unida a la ausencia secular de una cultura de reforma constitucional, operan como un potente lastre que, en la práctica, dificulta enormemente la posibilidad de alcanzar acuerdos que culminen con la aprobación de las transformaciones pendientes. En todo caso, a pesar de tales dificultades y siendo conscientes de que las mayorías requeridas exigen un consenso especialmente reforzado, debe ponerse de manifiesto que no estamos ante una suerte de *misión*

imposible, condenada al fracaso en todo caso. Muy al contrario, el acuerdo se perfila como posible: baste con tener presente que para aprobar una ley orgánica se requiere mayoría absoluta, esto es, el 51% de los votos, mientras que si lo que se pretende es reformar la Constitución por la vía del artículo 167 la mayoría requerida es de tres quintos, lo que en términos porcentuales supone un apoyo del 60%.

La cuestión determinante que explica el inmovilismo reformador apunta en otra dirección, poniendo en evidencia un importante error de enfoque, puesto que el imprescindible consenso que se requiere para llevar a cabo la reforma constitucional no puede operar como precondición necesaria de cara a iniciar dicho proceso. Por el contrario, tal exigencia solo se muestra insoslayable en el punto de llegada, permitiendo clausurarlo con éxito. En el momento inicial solo cabe exigir un acuerdo en torno a la determinación del perímetro de la reforma constitucional. Pero a partir de ahí, los términos del debate deben discurrir libremente, acogiendo una dialéctica presidida por la discusión de ideas contrapuestas que permita un proceso de decantación y progresiva concreción que culmine en un acuerdo.

En todo caso, auspiciando que los actores políticos superen la parálisis reformadora en la que se hallan instalados, nos permitimos presentar, sin ánimo de exhaustividad, un sucinto elenco de cuestiones en materia de derechos fundamentales que, en nuestra opinión, se muestran necesitados de *aggiornamento* constitucional:

1) Para empezar, consideramos imprescindible que el derecho a la vida (art. 15 CE) incorpore una referencia expresa al derecho a una muerte digna, abriendo el camino para la regulación de la eutanasia.
2) Por su parte, en el actual contexto de globalización existente en el que los flujos migratorios en España muestran una innegable relevancia, tanto en términos demográficos como sociales y económicos, no puede seguir manteniéndose una aproximación al derecho de participación política tan restrictiva como la que llevan a cabo los artículos 13 y 23 CE. En efecto, sin despojar de importancia al criterio de la nacionalidad, no puede erigirse este en el

único que prácticamente se tiene en cuenta a la hora de reconocer la titularidad del derecho de participación en las elecciones. El hecho es que en nuestro país residen millones de personas que, por el hecho de no haber nacido en el mismo, se ven privados del derecho de sufragio, pudiendo aspirar, como máximo, a participar en las elecciones municipales y siempre cuando se cumplan con los requisitos constitucionalmente establecidos: que así lo reconozca una ley o tratado internacional y que se produzca en términos de reciprocidad. El signo de los tiempos y las legítimas reivindicaciones de lograr una integración plena exigen una aproximación dotada de una mayor profundidad democrática.

3) En clave de reforzamiento de la igualdad, y movidos por una decidida voluntad de cerrar el paso a tendencias involucionistas, debería figurar expresamente en el texto constitucional el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 32 CE).

4) Una referencia específica merecen los derechos sociales que, en su mayor parte –y salvo las excepciones puntuales de los derechos a la educación (art. 27 CE) y a la libertad sindical y a la huelga (art. 28 CE)– aparecen recogidos en el capítulo 3, del título I, de la Constitución (arts. 39 a 52) bajo la rúbrica "De los principios rectores de la política social y económica". El rasgo principal que caracteriza su estatus jurídico es que aparecen despojados de las garantías que acompañan a los derechos fundamentales en sentido estricto (esto es, los recogidos en el capítulo inmediatamente precedente), tanto las de carácter objetivo (eficacia directa, contenido esencial, reserva de ley), como las subjetivas. Así se desprende de forma indubitada atendiendo a lo dispuesto por el artículo 53.3 CE, al afirmar que "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Resulta, pues, que despojados de naturaleza *iusfundamental*, estamos en presencia de principios cuya naturaleza se concreta en un

> valor meramente informador u orientativo, ciertamente no vinculante, de la acción desarrollada por los poderes públicos. Asimismo, privados de eficacia directa, su tutela se hace depender de la existencia de leyes previas que los regulen.

Este *modus operandi* constitucional ha sido objeto de importantes críticas, que han venido a señalar el espíritu escasamente garantista del que adolece la regulación vigente. Para contrarrestar esa debilidad constitucional congénita de los derechos sociales, se ha señalado la necesidad de proceder a su reforzamiento, elevando su cualificación jurídica. Sin negar la necesidad de que se avance en tal sentido, dotando a estos derechos de una mayor carga de profundidad constitucional que permita el avance de la vertiente social que caracteriza a nuestro Estado (art. 1.1 CE); sin embargo, no podemos ignorar la problemática que acompaña a los mismos. En efecto, la mayor parte de los derechos sociales presentan un contenido prestacional, de tal manera que su efectividad práctica requiere inexcusablemente la existencia de las correspondientes dotaciones presupuestarias. A su vez, y como requisito concurrente, es imprescindible que los actores institucionales responsables procedan a definir la hoja de ruta de todas aquellas políticas públicas, cuya puesta en marcha se erige en inexcusable marco de referencia.

Debemos, pues, llamar la atención insistiendo en la complejidad que acompaña al capital tema de la efectividad práctica de los derechos sociales. Una efectividad que no queda asegurada únicamente por elevar su rango constitucional, abandonando su actual consideración como principios y pasando a considerarlos como derechos fundamentales en sentido estricto. Porque, aun admitiendo que podría considerarse una suerte de condición necesaria (premisa que no compartimos), lo cierto es que no resulta suficiente en sí misma. La cuestión que en modo alguno se puede ignorar es que el objetivo planteado no puede alcanzarse sin tejer una imprescindible red de actuaciones públicas, que van desde la reserva presupuestaria a favor de determinadas actuaciones sociales, pasando por la necesaria definición de adecuadas políticas públicas a cuyo través vehicular las actuaciones en dicha materia.

Reformas o adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ¿Inconvencionalidad ante la imposibilidad de ser objeto de impugnación?

*Manuel de Jesús Corado de Paz**

Sumario: I. Nota introductoria. II. Debate judicial sobre el control de las reformas constitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. III. La improcedencia del juicio de amparo contra reformas o adiciones a la Constitución en la Ley de Amparo de 02 de abril de 2013. IV. Ámbito interamericano: protección judicial, obligación de respetar y garantizar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno. V. Conclusiones. Fuentes de consulta.

I. Nota introductoria

La identidad de un ordenamiento o sistema jurídico no cambia mientras no cambie su Constitución, en este sentido, es necesario distinguir un cambio de una revisión constitucional, en el primer caso estamos ante la instauración de una nueva Constitución, mientras que en el segundo simplemente nos referimos a la enmienda de una Constitución existente.

* Doctor en Derecho Público. Director General del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: *coradodepaz.manuel@ciijus.org*

En México, las reformas o adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), debido a su rigidez, exigen mayores elementos formales en contraste con los requeridos para modificar las leyes ordinarias, lo concerniente a este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 135 de dicho cuerpo normativo, que a la letra dice:

> Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.
>
> El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

El dispositivo constitucional transcrito alude únicamente a cuestiones formales, dejando de lado aspectos de carácter material vinculados con el contenido de dichas reformas o adiciones, así como aquellos que guardan relación con su control, siendo este último elemento en el que queremos centrar nuestra atención en razón de los debates que se han generado en el seno de nuestro máximo tribunal, así como a los nuevos escenarios que se han configurado en nuestro marco jurídico en los que, de forma absoluta, se impide su revisión a través de nuestro medio de control constitucional y tutela de derechos fundamentales por antonomasia, todo ello en el marco de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano, de manera particular las de carácter regional, como parte integrante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

II. Debate judicial sobre el control de las reformas constitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

2.1. Amparo en revisión 2996/96

En este caso se buscó determinar si dentro del sistema jurisdiccional de control constitucional establecido en el artículo 103,

fracción I, de la CPEUM, era posible el cuestionamiento de algún dispositivo constitucional, a través de su proceso de reforma, tarea atribuible al Poder Judicial de la Federación, y en lo específico a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), dado su carácter de tribunal constitucional. Lo anterior toda vez que dicho cuerpo normativo no contiene reglas vinculadas con la atribución de sentido a sus preceptos.

Así, más allá de una cuestión eminentemente terminológica consistente en determinar si dentro del término ley, para efectos del amparo, quedaba comprendida la Constitución, la SCJN se abocó a realizar una interpretación en la que prevaleciera el contenido teleológico o finalista de la Constitución; que empleara un criterio amplio, liberal y práctico; en la que el significado atribuido a sus palabras fuera general y común, salvo que de forma clara se señalara otro sentido; en la que se buscara armonizar su contenido, atendiendo a una visión conjunta; que considerara el contexto social, económico y político; en la que tratándose de excepciones y privilegios se siga un sentido restrictivo; y en la que los actos públicos se presuman constitucionales bajo una visión armonizadora.

Si el juicio de amparo fue concebido como un instrumento protector de los derechos humanos contra leyes y actos de autoridad, en principio, cualquier ley o acto que los violente o conculque es susceptible de ser reclamado, salvo aquellos que de forma expresa señale la propia Constitución, por lo que si el artículo 103 constitucional atribuye a los tribunales de la Federación la competencia para resolver toda controversia que se suscite por actos de autoridad o leyes en sentido amplio, no es dable hacer una distinción, pues donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete, supeditado lo anterior a la existencia de un agravio.

En el caso concreto lo que se puso en tela de juicio no fue la Constitución en sí misma, sino el procedimiento efectuado para su reforma, por lo que no existe impedimento para que los jueces federales se pronuncien sobre ello, aunque esto pudiera generar que una o varias disposiciones constitucionales no sean aplicadas, atento al principio de legalidad que rige la actuación de cualquier autoridad.

En consecuencia, el juicio de amparo procede contra el procedimiento de reformas a la Constitución, aun cuando haya sido elevada formalmente a la categoría de norma suprema, lo contrario implicaría desconocer la eficacia de este medio de control constitucional.

2.2. Controversia constitucional 82/2001

En este asunto, el Pleno de la SCJN, de manera previa a cualquier otra cuestión, procedió a determinar si los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución federal, o bien, el contenido de las propias normas constitucionales, podían ser materia de este medio de control constitucional.

En este tenor, determinó que la finalidad perseguida por el constituyente originario, y después por el órgano reformador de la Constitución, no solo había sido la de dar una respuesta a los diversos conflictos que en el devenir histórico se plantearon, primero, entre los órganos locales, después, entre estos y los federales, posteriormente, entre aquellos y los municipios y, finalmente, los que pudieran presentarse entre los propios órganos de Gobierno del Distrito Federal o entre estos y los antes mencionados; sino también el de establecer un instrumento procesal de carácter constitucional, a fin de que alguno de los órganos antes citados por virtud de un acto que estimaran incompatible con la Constitución federal, pudiera impugnarlo; de tal manera que la controversia constitucional busca dar respuesta y una solución jurídica a los conflictos constitucionales que puedan surgir entre diversos entes públicos y, claro está, dicha solución será la de invalidar los actos del poder público contrarios a la Constitución.

Así, en principio, la tutela jurídica de la acción de controversia es la protección del ámbito de atribuciones que la CPEUM confiere a los órganos constituidos del Estado para resguardar el sistema federal, protección cuyo alcance se ha ido ampliando, con el fin de preservar la estructura, división y competencia a que se encuentran sujetos como autoridades constituidas y, en general, para preservar el orden establecido en la Constitución federal.

En virtud de lo anterior, el Pleno de la SCJN estimó que, si bien en el caso concreto se impugnó la invalidez del proceso reformatorio, no podía soslayarse el hecho de que los vicios que se le atribuyeron ocurrieron durante la sustanciación de dicho proceso, que jurídicamente no podían desvincularse de su objeto que era la aprobación y declaratoria de reformas de algunos preceptos de la Constitución; y toda vez que esas reformas constitucionales emanaron de una autoridad no incluida expresamente en ninguna parte del artículo 105 constitucional, fuerza era concluir que la acción, apoyada en dicho precepto, resultaba improcedente, toda vez que a dicho órgano jurisdiccional no se le confirió facultad expresa para tal efecto en el ámbito constitucional.

2.3. Recursos de reclamación 33/2007-CA y 34/2007-CA en la acción de inconstitucionalidad 169/2007 acumulada en la 168/2007

El debate se presentó a propósito de la procedencia o improcedencia de la acción de inconstitucionalidad respecto del procedimiento de reformas constitucionales y la decisión giró en torno a si había causa manifiesta indudable de improcedencia. Se decidió en sentido negativo, pues no existía delimitación previa del objeto de ese medio de control, al no poder determinar si el término "norma general" se podía identificar con la expresión "ley", esto es si la expresión ley que usaba la fracción II del 105, se refería efectivamente solo y exclusivamente a las normas que estaban creadas con base en los procedimientos de los artículos 71 y 72 de la Constitución para desarrollar las atribuciones básicamente al 73 o por ley íbamos a entender un concepto general de normas generales.

2.4. Acciones de Inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007

En la resolución de estas acciones, el Pleno de la SCJN, de manera previa a cualquier otra cuestión, procedió a determinar si los vicios del procedimiento de reformas a la Constitución o bien, el

contenido de las propias reformas constitucionales, que se impugnaron en las acciones de inconstitucionalidad, podían ser materia de ese medio de control constitucional y, por tanto, si dicho órgano jurisdiccional era competente para conocerlas.

Para determinar lo anterior, refirió que, en México, el constituyente optó porque la función de reforma constitucional fuera realizada por un órgano integrado por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, sin que el Poder Judicial de la Federación tuviera alguna injerencia, al ser esta producto de la decisión de quienes, electos democráticamente, son los únicos depositarios de la soberanía popular.

De manera posterior, determinó si podía afirmarse que se estaba en presencia de un verdadero poder, si existían límites a sus facultades adicionadora y reformadora y si era sujeta de control jurisdiccional, la adición o reforma realizada por él.

En relación con el primer aspecto, el Pleno de la SCJN consideró que la concurrencia del Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, conforma un órgano complejo previsto en el artículo 135 constitucional, que puede asimilarse al concepto de "poder", dado que, siendo también un órgano constituido, al realizar el ejercicio de la función de reforma constitucional que tiene otorgada, se encuentra por encima de los otros tres poderes y de cualquier órgano público, federal o local, en virtud de que es el único que, mediante el desempeño de su capacidad normativa, puede suprimir, reformar, adicionar o matizar las atribuciones y funciones estatales y, por ende, las estructuras y la distribución de competencias determinada por el poder constituyente originario para los otros poderes y órganos del Estado, incluyendo aquellos que integran los órdenes locales y municipales.

Por lo que atañe al segundo aspecto, advirtió que la función de reforma o adición de la Constitución está supeditada, de manera expresa, por nuestro propio orden constitucional, solo a ciertas formalidades procedimentales, pues, en un aspecto material o sustancial, no se limita, de modo explícito, el contenido y alcance de una adición o reforma.

Finalmente, respecto del tercer aspecto, el Pleno refirió que toda vez que se han establecido límites formales, estos única-

mente pueden ser revisados por el órgano legislativo federal, en su carácter de parte y de última instancia en el procedimiento de reformas a la Constitución, al momento de emitir la declaratoria de aprobación correspondiente, por lo que tratándose de las acciones de inconstitucionalidad, no existe soporte alguno para que la SCJN tenga la posibilidad de ejercer control sobre el procedimiento de reforma constitucional, ni mucho menos que pueda hacerlo respecto de la constitucionalidad del contenido de tales reformas; por el contrario, su campo de acción se ha limitado a revisar la constitucionalidad de las leyes federales o locales, así como de los tratados internacionales, provenientes de un órgano legislativo ordinario, no del poder u órgano reformador de la Constitución.

2.5. Amparo en revisión 186/2008

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia consideró que resultaba procedente ejercer la facultad de atracción por las siguientes razones: *a)* el asunto es de interés excepcional, pues al resolverse se tendrá que dilucidar si el juicio de amparo puede o no ser la vía jurisdiccional idónea para examinar si el proceso de reforma constitucional se llevó a cabo conforme a las reglas que establece la misma Constitución Federal, y *b)* el caso reviste es de gran trascendencia, debido a que la sociedad en general está especialmente interesada en el resultado que puedan tener los juicios de amparo promovidos en contra de la reforma constitucional en materia electoral.

Al analizar la materia de la revisión se consideró tomar en cuenta tres cuestiones, a saber:

1) ¿Es procedente un juicio de amparo en contra de alguna reforma constitucional?
2) Si la respuesta anterior es afirmativa, ¿una demanda de amparo procede con respecto al contenido material de la reforma o solo con respecto al procedimiento respectivo?
3) ¿Cuál es el sentido de admitir una demanda de amparo de estas características?

Los argumentos que el Pleno de la SCJN analizó fueron los siguientes:

1) ¿Existe en la ley de amparo una norma que prohíba expresa o implícitamente la procedencia del juicio de amparo en contra de alguna reforma constitucional?
2) ¿Cuál es el carácter del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?
3) Si el poder reformador de la Constitución es limitado, ¿esa limitación implica que existen medios de control constitucional sobre los actos del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?
4) Si el poder reformador de la Constitución no se identifica con el poder constituyente soberano e ilimitado del pueblo, entonces ¿puede ser considerado como una autoridad emisora de actos potencialmente violatorios de garantías individuales?
5) ¿En el caso concreto existe algún planteamiento relativo a la posible vulneración de garantías individuales relacionadas con el procedimiento de reforma?

1) ¿Existe en la ley de amparo una norma que prohíba expresa o implícitamente la procedencia del juicio de amparo en contra de alguna reforma constitucional?

Las normas vinculadas con la procedencia del juicio de amparo en México tienen doble naturaleza, a saber: unas de carácter permisivo y otras de carácter prohibitivo. Las primeras se encuentran contempladas en el artículo 103 constitucional y en el artículo 1 de la Ley de Amparo; y las segundas, en el artículo 73 de dicha ley, relativo a las causas de improcedencia.

Así, en ninguno de estos escenarios se contemplaba permisión o prohibición expresa alguna vinculada con la procedencia del juicio de amparo respecto de una reforma o adición a la Constitución, por lo que es menester acudir a la interpretación, sin embargo, en este escenario es aceptable considerar que implícitamente esté permitida la procedencia.

2) ¿Cuál es el carácter del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?

En la teoría constitucional se vislumbra una distinción innegable entre poder constituyente y poder reformador, mientras el

primero es ilimitado y se corresponde con el principio político de soberanía popular; el segundo es limitado y se corresponde con el principio de supremacía constitucional.

Atento a lo anterior, el poder reformador posee límites de diversa naturaleza, unos explícitos, identificados como cláusulas de intangibilidad, contemplados en el texto constitucional, con un significado dual: político —que alude a los conceptos de legitimidad y legalidad— y jurídico —compuesto de enunciados normativos de jerarquía diversa, unos vinculados con la supralegalidad de la Constitución y otros de menor rango—; y otros implícitos, deducidos de manera indirecta atendiendo al significado de algunos preceptos constitucionales o como consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa todo el sistema constitucional, a partir de la aceptación de dos principios: la garantía de los derechos y la división de poderes.

Sin embargo, la visión clásica del concepto político de Constitución no es suficiente, es menester recurrir a principios como la supremacía constitucional, de la que se originan los límites implícitos formales, vinculados con el procedimiento de reforma; y la soberanía popular, de la que surgen los límites implícitos materiales, relacionados con el contenido.

Así, nuestra Constitución no alude a límites explícitos, pero sí contempla límites implícitos formales vinculados con el proceso de reforma constitucional, atento lo dispuesto en el artículo 135 de dicho cuerpo normativo, mientras que los límites implícitos materiales recaen en la SCJN, a quien le corresponde definirlos a la luz de la garantía de los derechos y la división de poderes.

3) Si el poder reformador de la Constitución es limitado, ¿esa limitación implica que existen medios de control constitucional sobre los actos del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?

En este apartado se hizo referencia a dos antecedentes: el amparo en revisión 1334/98 y la controversia constitucional 82/2001.

En el primer caso, el Pleno de la SCJN reconoció que al impugnarse el proceso de reforma constitucional se hace alusión a los actos que integran el procedimiento legislativo no a la Consti-

tución *per se,* por lo que de no ajustarse a las formas establecidas es inconcusa la procedencia de un medio de control.[1]

Por su parte, en el segundo antecedente referido, dicho órgano jurisdiccional consideró que el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control, porque lo encuentra en sí mismo, al realizar una función de naturaleza exclusivamente constitucional, por lo que la función del poder reformador es soberana.[2]

---

1 En este caso se adoptó el siguiente criterio orientador: REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar este de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la Carta Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo solo atacable el proceso de reforma correspondiente, y el interés jurídico se identifica como la tutela que se regula bajo determinados preceptos legales, la cual autoriza al quejoso el ejercicio de los medios para lograr su defensa, así como la reparación del perjuicio que le irroga su desconocimiento o violación, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son estos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado. Tesis: P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo X, septiembre de 1999, p. 11, registro núm. 193249.

2 En este caso se emitió el siguiente criterio obligatorio: PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES

A partir de lo anterior se determinó que el poder reformador no puede asimilarse al poder constituyente, considerar lo contrario vulneraría el principio jurídico de supremacía constitucional, privilegiando el principio político de soberanía popular, generando una confusión que alteraría el Estado constitucional.

Debido a lo anterior, la actuación del poder reformador está supeditado a las posibilidades que le confiere el orden constitucional, en consecuencia, es jurídica y constitucionalmente posible admitir que un Estado constitucional debe prever medios de control sobre aquellos actos reformatorios que se aparten de las reglas constitucionales, siendo estos en lo particular el juicio de amparo, tratándose de los particulares, y la controversia constitucional, por lo que atañe a los poderes del Estado.

4) Si el poder reformador de la Constitución no se identifica con el poder constituyente soberano e ilimitado del pueblo, entonces ¿puede ser considerado como una autoridad emisora de actos potencialmente violatorios de garantías individuales?

En función lo analizado hasta este punto, la respuesta a este planteamiento fue afirmativa, siempre que exista una relación entre la violación al procedimiento de reforma y la vulneración de garantías individuales.

SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquel o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía. Tesis: P./J. 39/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XVI, septiembre de 2002, p. 1136, registro núm. 185941.

5) ¿En el caso concreto existe algún planteamiento relativo a la posible vulneración de garantías individuales relacionadas con el procedimiento de reforma?

En el caso al que nos referimos en el decreto publicado el trece de noviembre de dos mil siete en el *Diario Oficial de la Federación*, por medio del cual se modificaron diversas disposiciones de la Constitución federal, no se dio a conocer cuál fue la mayoría de las legislaturas de los Estados que aprobaron la reforma constitucional, y cómo, cuándo y en qué forma se hizo el cómputo respectivo y la declaratoria de aprobación correspondiente, violando el párrafo segundo del artículo 135 constitucional.

Derivado del amparo en revisión 186/2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un par de criterios cuyo tenor es el siguiente:

> PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATORIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL. No puede identificarse al Poder Reformador de la Constitución con el Poder Constituyente, debido a que la propia Norma Fundamental establece ciertos límites al primero, los cuales deben cumplirse para respetar el principio jurídico de supremacía constitucional, pues de lo contrario se daría prevalencia únicamente al principio político de soberanía popular —los mencionados principios deben coexistir siempre que se asocien adecuadamente con los momentos históricos y con el tipo de ejercicio que se trate—. El Poder Constituyente, soberano, ilimitado, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional. La historia ha demostrado que todos los intentos de organización jurídica del Poder Constituyente, en el mejor de los casos, han servido solo para privar al pueblo de sus facultades soberanas, a favor de otras instancias u otros órganos estatales. Se considera que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, como fuerza externa al sistema, por lo que siempre y en todo momento podrá reformar a la Constitución existente o establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho, esto es, mediante un proceso revolucionario. En cambio, ningún poder constituido puede extraerse de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias; por ello es que resulta inaceptable la pretensión de convertir al Poder

Constituyente en el Poder Reformador —ordenado y regulado en la Constitución— como la aspiración contraria de hacer del Poder de Revisión un auténtico y soberano Poder Constituyente. El Poder Reformador es un órgano regulado y ordenado en el texto constitucional, pues es en él donde se basa su competencia. Aun cuando se acepte que la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad extraordinaria o, si se quiere, una "competencia de competencias", ello no implica que se identifique, sin más, la facultad extraordinaria con el Poder Soberano. Claramente se trata de conceptos que no son idénticos, pues el Poder de Revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; de manera contraria, el Poder Constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento. En consecuencia, es claro que solamente considerando al Poder Reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia y cobra sentido el principio jurídico de supremacía constitucional, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella. Solo de este modo puede hablarse propiamente de una capacidad de la norma fundamental para controlar sus propios procesos de transformación. Con ello, la Constitución se presenta como auténtica lex superior y la reforma constitucional puede interpretarse como una verdadera operación jurídica. De todo lo anterior se concluye que si el Poder Reformador es un órgano complejo limitado y sujeto necesariamente a las normas de competencia establecidas en el texto constitucional, entonces es jurídica y constitucionalmente posible admitir que un Estado Constitucional debe prever medios de control sobre aquellos actos reformatorios que se aparten de las reglas constitucionales. Es decir, derivado de una interpretación del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cabe la posibilidad de ejercer medios de control constitucional contra la eventual actuación violatoria de las normas del procedimiento reformatorio.[3]

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA. Cuando el Congreso de la Unión y las Legislaturas Locales actúan en su carácter de Poder Reformador de la Constitución, deben respetar las normas del pro-

[3] Tesis: P. LXXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 14, registro núm. 165713.

cedimiento de reforma contenidas en el artículo 135 constitucional, lo cual implica que es jurídicamente posible que dicho poder emita alguna reforma con desapego a tal procedimiento. Cuando esto sucede y algún particular promueve juicio de amparo contra dicho acto, los Jueces de Distrito no pueden, sin más, considerar que en esos casos se actualiza de manera manifiesta e indudable la improcedencia del juicio, ya que de la mera remisión de la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, a los artículos 103 constitucional y 1o., fracción I, de la propia Ley de Amparo, no puede obtenerse un enunciado normativo que contenga la improcedencia del amparo contra una reforma constitucional. Lo anterior lleva a concluir que ese fundamento no es válido para desechar de plano la demanda relativa contra un procedimiento de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[4]

III. La improcedencia del juicio de amparo contra reformas o adiciones a la constitución en la ley de amparo de 2013

Derivado de la reforma constitucional en materia de amparo acaecida el 6 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* de 2 de abril de 2013, la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la CPEUM, que abrogó la publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 1936.

En el cuerpo normativo vigente que regula nuestro máximo medio de control constitucional y tutela de derechos fundamentales, el artículo 61, fracción I, dispone: "Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...]."

Así, toda discusión preliminar respecto a la procedencia o improcedencia del juicio de amparo contra aspectos formales o materiales vinculados con las reformas o adiciones a la CPEUM quedó consumada, toda vez que el texto en cuestión no hace distinción alguna y donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete.

[4] Tesis: P. LXXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 15, registro núm. 165708.

En relación con lo anterior, el Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió un criterio orientador que a la letra reza:

> ADICIONES O REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA. El juicio de amparo es uno de los mecanismos a través de los cuales se hace efectiva la supremacía constitucional, la cual hace de la Ley Fundamental el referente de validez de la producción normativa que se somete a juicio; de ahí que, por ser auto referente, la Carta Magna no puede ser juzgada a la luz de ella misma. Luego, al ser la Constitución Federal la piedra angular del resto del sistema jurídico, rige en únicos e iguales términos para todos; y es justo en este punto donde se erige como el gran obstáculo que impide su análisis a través del juicio de amparo, ya que, en caso de dictarse una sentencia estimatoria, se producirían resultados inadmisibles dentro del sistema jurídico, pues no podría existir una Constitución para los quejosos amparados y otra para los demás gobernados. Por tanto, la improcedencia del juicio en contra de adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye una limitación natural impuesta por el diseño constitucional del propio juicio, cuya ingeniería lo repele, en virtud de que lo único que no puede ser inconstitucional es la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aceptar la procedencia del juicio contra reformas constitucionales, sea en lo atinente a aspectos de procedimiento legislativo o de contenido normativo, trastocaría elementos centrales del sistema de división de poderes y trastornaría, a la vez, el del propio juicio constitucional.[5]

Sobre el particular, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en materia administrativa especializado en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República, emitió un criterio orientador cuyo tenor es el siguiente:

> AMPARO CONTRA ADICIONES O REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. EL HECHO DE QUE EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE

[5] Tesis: I.18o.A.3 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 35, octubre de 2016, Tomo IV, p. 2833, registro núm. 2012958.

> AMPARO PREVEA SU IMPROCEDENCIA, POR SÍ SOLO ES INSUFICIENTE PARA CONSIDERAR INCONSTITUCIONAL ESTE PRECEPTO. El artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sienta las bases del juicio de amparo y esboza los trazos iniciales en los que se fijan algunas condiciones esenciales para su sustanciación y resolución, las cuales desdobla la legislación reglamentaria. Lo anterior implica que de dicha disposición no se advierte restricción alguna para que en la Ley de Amparo se prevean motivos de sobreseimiento e improcedencia del juicio constitucional, pues se trata de temas de carácter procesal cuyos desarrollo y regulación en forma pormenorizada corresponden a dicha normativa secundaria. Por tanto, el hecho de que el artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo prevea la improcedencia del juicio en la materia contra adiciones o reformas a la Norma Suprema, por sí solo, es insuficiente para considerar inconstitucional dicho precepto, ya que para ello se requiere demostrar la contravención a las bases mínimas fijadas en las diversas fracciones que conforman el precepto 107 citado.[6]

De igual forma, dicho órgano jurisdiccional ha sostenido lo siguiente:

> IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO CONTRA ADICIONES O REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE LA MATERIA QUE LA PREVÉ, NO VIOLA EL ARTÍCULO 103, FRACCIÓN I, CONSTITUCIONAL. La fracción I del artículo 61 de la Ley de Amparo, que prevé la improcedencia del juicio en la materia contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no viola el artículo 103 constitucional, en su fracción I, pues en esta solo se consigna un mandato dirigido a los tribunales federales, en general, de atender determinado género de controversias, suscitadas por normas generales, actos u omisiones de las autoridades que violen algún derecho humano reconocido constitucional o convencionalmente, o alguna de las garantías otorgadas por la Carta Magna para su protección; es decir, dicho precepto constitucional establece una regla de competencia en favor de los órganos judiciales federales para

[6] Tesis: I.1o.A.E.73 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 46, septiembre de 2017, Tomo III, p. 1802, registro núm. 2015107.

resolver las controversias mencionadas, pero no contiene norma alguna sobre la procedencia del amparo.[7]

Finalmente, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio orientador que a la letra dice:

> CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO Y AGRAVIOS EN SU REVISIÓN. SON INOPERANTES AQUELLOS EN LOS QUE SE IMPUGNA UN PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN. En el amparo directo puede alegarse la inconstitucionalidad de algún precepto dentro de los conceptos de violación de la demanda; no obstante, si en relación con tal precepto se actualiza alguna de las hipótesis que, si se tratare de un juicio de amparo indirecto, determinaría la improcedencia del juicio en su contra y el sobreseimiento respectivo, tratándose de un juicio de amparo directo, al no señalarse como acto reclamado tal norma general, el pronunciamiento del órgano que conozca del amparo debe hacerse únicamente en la parte considerativa de la sentencia, declarando la inoperancia de los conceptos de violación. Ahora, conforme a lo previsto en el artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo, vigente a partir del 3 de abril de 2013, la acción de amparo es improcedente contra adiciones o reformas a la Constitución Federal. Por tanto, son inoperantes los argumentos en los que se impugna un procedimiento de adición o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello en aplicación natural de lo previsto en la Ley de Amparo.[8]

IV. Ámbito interamericano: protección judicial, obligación de respetar y garantizar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), vigente para México a partir del 24 de marzo de 1981, establece en sus artículos 1.1, 2 y 25.1 lo siguiente:

---

7 Tesis: I.1o.A.E.72 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 46, septiembre de 2017, Tomo III, p. 1875, registro núm. 2015116.

8 Tesis: 2a. XXXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, p. 1079, registro núm. 2005939.

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El derecho a la protección judicial constituye uno de los pilares del Estado constitucional de derecho y ha sido concebido, en términos amplios, como la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales,[9] o que consideren violatorios de estos.

La protección otorgada por el artículo 25 del Pacto de San José constituye la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún de-

[9] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 91, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 261.

recho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo.[10]

Lo anterior vincula, de manera necesaria, lo dispuesto en el artículo 25 de la CADH con lo establecido en los numerales 1.1 y 2 de dicho tratado, al referirse estos últimos a la obligación de respetar y garantizar los derechos, y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, respectivamente.

En este tenor, la Corte IDH ha reconocido dos responsabilidades concretas de los Estados vinculadas con el derecho a la protección judicial: *1)* consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas,[11] y *2)* garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.[12]

Con base en lo anteriormente expuesto, cabe preguntarnos si la imposibilidad de que las reformas o adiciones a la CPEUM sean impugnadas configura un incumplimiento por parte del Estado mexicano a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención

---

10 Corte IDH. OC-9/87. Garantías judiciales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay. Opinión consultiva de 6 de octubre de 1987, párr. 24; *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 100, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador..., cit.,* párr. 261.

11 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 237, y *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, párr. 83.

12 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.* Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 65, y *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 209.

América sobre Derechos Humanos, en relación con los numerales 1.1, y 2 de dicha Convención.

V. Conclusiones

Actualmente no existe en el sistema jurídico mexicano un medio de control interno contra reformas o adiciones a la CPEUM, aunado a que el artículo 135 de dicho cuerpo normativo, vinculado con nuestro tópico, únicamente alude a límites implícitos formales vinculados con el proceso de reforma constitucional y no así a límites implícitos materiales relacionados con su contenido.

De esta manera, en este momento, una reforma o adición a la Constitución no puede ser sujeta a un control jurisdiccional interno en caso de que esta incumpla con el procedimiento establecido para tal efecto y, más grave aún, tampoco podrá serlo si el contenido de esas reformas o adiciones trastocan un derecho humano reconocido en la propia Constitución o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, ya sea restringiéndolo, contraviniéndolo o, en el peor de los casos, suprimiéndolo, aun cuando esto se contraponga con el principio pro persona y el de progresividad de los derechos humanos, ambos reconocidos en el artículo 1o. constitucional, así como en las disposiciones de la CADH y la interpretación que de ellas ha realizado su máxime intérprete: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La improcedencia del amparo contra reformas o adiciones a la Constitución, dispuesta en el artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la CPEUM, vinculada con la imposibilidad de impugnarlas por cualquier otro medio de control, hace patente el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 25, 1.1 y 2 del Pacto de San José, ubicando al Estado mexicano en un escenario inconvencional, ante la ausencia de un recurso sencillo y rápido, o de uno que sea efectivo que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte derivados de una reforma o adición a la Constitución, por ende, es necesario matizar este escenario atento a las obligaciones in-

ternacionales que el Estado mexicano ha adquirido, dejando en manos del Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, la determinación de la existencia o inexistencia de violaciones formales o materiales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas.

Fuentes de consulta

Documentos

Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2973/5.pdf*

Amparo en revisión 186/2008, *https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia//docs/Ministros2/AGOM_Ejecutoria_186-2008.pdf*

Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 28 de abril de dos mil ocho, *https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/2008abr12.pdf*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo contra el Procedimiento de Reformas a la Constitución, Serie Debates, Pleno, México, 1997, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/570/tc.pdf*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 82/2001. Municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, Estado de Oaxaca, *https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=17281&Clase=DetalleTesisEjecutorias*

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 8 de mayo de 2020.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pu-

blicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, última reforma publicada el 15 de junio de 2018.

Tesis aisladas y jurisprudencias

Tesis: I.1o.A.E.72 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 46, septiembre de 2017, Tomo III, p. 1875, registro núm. 2015116.

Tesis: I.1o.A.E.73 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 46, septiembre de 2017, Tomo III, p. 1802, registro núm. 2015107.

Tesis: I.18o.A.3 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 35, octubre de 2016, Tomo IV, p. 2833, registro núm. 2012958.

Tesis: 2a. XXXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, p. 1079, registro núm. 2005939.

Tesis: P. LXXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 14, registro no. 165713.

Tesis: P. LXXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 15, registro núm. 165708

Tesis: P./J. 39/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, septiembre de 2002, p. 1136, registro núm. 185941.

Tesis: P. LXII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo X, septiembre de 1999, p.11, registro núm. 193249.

Opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH

Corte IDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012.

——, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.
——, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.
——, *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.
——, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 237.
——, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
——, OC-9/87. Garantías judiciales en Estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay. Opinión Consultiva de 6 de octubre de 1987.
——, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987.

Modificación de las normas constitucionales en Brasil

*Luiz Alberto David Araujo**
*Marcelo Labanca Corrêa de Araújo***

Sumario: I. Aportes introductorios sobre las expresiones que envuelven: ley de revisión, ley constitucional y enmienda constitucional. II. Distinción entre la "enmienda constitucional de revisión" y la "enmienda constitucional". III. El caso de los tratados internacionales con jerarquía constitucional. IV. Etapas del procedimiento para la alteración constitucional. V. Derechos fundamentales como límites a la reforma constitucional. VI. Mudanza constitucional para superar la declaración de inconstitucionalidad. VII. Conclusiones.

I. Aportes introductorios sobre las expresiones que envuelven: ley de revisión, ley constitucional y enmienda constitucional

Este trabajo es un reporte de la exposición hecha por dos autores en el seminario final del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de Derechos realizado en la ciudad de Pisa, Toscana, el 31 de enero de 2020. En ese

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil (*lada10@terra.com.br*)

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Pernambuco, Brasil (*marcelolabanca@outlook.com*)

momento, profesores de distintas nacionalidades abordaron el tema central del seminario: *revisione costituzionale*, abordando el estudio de los límites y de la protección de los derechos fundamentales en procesos de mudanza constitucional. Siguiendo las orientaciones del editor, el presente texto, escrito sin pie de páginas, tiene como fin elucidar el debate brasileño acerca del asunto principal del Seminario, manteniendo la estructura de una presentación oral. De esta forma, el objetivo de este documento consiste en reportar y describir cómo funciona el proceso de alteración de normas constitucionales en Brasil y cuál es el tratamiento que le da la Constitución federal de 1988 a las enmiendas constitucionales.

Inicialmente, es necesario hacer una aclaración a respecto de la semántica que posee la expresión "*revisione costituzionale*", tema del seminario final, puesto que posee significados diferentes tanto en Brasil como en Italia. Ciertamente, la Constitución italiana prevé, en su artículo 138, la posibilidad de su alteración por medio de: *a)* "leyes de revisión de la Constitución", y *b)* "otras leyes constitucionales". Como se observa, el tratamiento constitucional hace una distinción entre estas dos posibilidades de alteración de la Constitución, en donde la expresión "revisión constitucional" es utilizada para designar los cambios constitucionales con alteración de la redacción del texto original de la Constitución. Es ese sentido, la Constitución, como documento único, codificado, será reescrita por leyes de revisión. En relación con "otras leyes constitucionales" son utilizadas con función integradora, pero sin la alteración del texto constitucional. Son normas de jerarquía constitucional, pero no están incorporadas en el texto de 1948. Como ejemplos de ello, las leyes constitucionales que crearon los estatutos especiales de Cerdeña, Sicilia o el Valle de Aosta (art. 116), inclusive, la ley constitucional que reglamenta el ejercicio del control constitucional por la Corte Constitucional Italiana (art. 137).

De esta forma, las leyes constitucionales italianas serían equivalentes a las enmiendas constitucionales americanas: existen como normas con sus respectivas individualidades, no incorporadas al texto original de 1787 y que disciplinan asuntos de jerarquía constitucional. Mientras que las leyes de revisión constitu-

cional alteran el propio texto constitucional original. En ambos casos, el procedimiento de aprobación es el mismo, regido por el artículo 138 de la Constitución italiana.[1]

En el caso de Brasil, la expresión adoptada por la constituyente de 1988 fue la de "enmiendas a la Constitución", como especie normativa que integra el proceso legislativo (art. 59). La práctica adoptada en el caso brasileño, para la alteración de la Constitución, es la de hacer modificaciones del texto original por vía de la enmienda constitucional (similar al de la revisión italiana). Así, si alguien desea conocer cuáles son las normas constitucionales brasileñas, basta apenas consultar el texto de la Constitución de 1988, en donde encontrará la redacción inicial con sus respectivas reformas incorporadas. Hay pocas excepciones que huyen a esa lógica, momento en el cual el intérprete tendrá que consultar la propia enmienda (y no la Constitución) para conocer la eventual norma no incorporada. Este es el caso del artículo 2 de la enmienda constitucional 32, de 2001, que estableció la regla sobre los decretos-ley (*Medidas Provisórias*) no incorporados en el texto constitucional. Así también sucede con el artículo 1 de la enmienda constitucional número 2, de 1992, que modificó la fecha constitucional para la realización del plebiscito sobre la forma y el sistema de gobierno en Brasil.

El texto original de la Constitución continua con la fecha anterior. Es decir, la alteración constitucional no fue incorporada al texto primitivo, permaneciendo como regla paralela a la Constitución. También se encuentra el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados con el mismo quórum de las enmiendas que vienen a ser reconocidas como normas constitucionales (o de jerarquía constitucional), sin ser incorporadas al texto de la Constitución de 1988. Sobre este último aspecto se tratará más adelante.

Considerando lo expuesto anteriormente, puede entenderse que: en el campo normativo italiano, la ley de revisión y la ley constitucional son instrumentos normativos destinados a crear

[1] Sobre el asunto, véase Gambino, Silvio y D'Ignazio, Guerino, *La Revisione Costituzionale e suoi limiti: Fra teoria costituzionale, diritto interno e esperienze straniere,* Milán, Giuffré Editore.

normas constitucionales, donde la primera altera el texto constitucional primitivo, mientras que la segunda crea un texto nuevo, no codificado al texto constitucional original. El uso de la expresión "ley" constitucional no significa decir que son normas de jerarquía legal. Todo lo contrario, poseen una jerarquía constitucional.

Es importante decir que también está prevista en el derecho constitucional brasileño, la expresión "revisión constitucional", pero con un sentido divergente al de la *revisione costituzionale* italiana; tema que será explicado a continuación.

II. Distinción entre la "enmienda constitucional de revisión" y la "enmienda constitucional"

La Constitución brasileña regula, en su artículo 59, las denominadas "especies normativas" que pasan por un proceso legislativo con deliberación pública y con la posibilidad de un acompañamiento popular. Existen varias especies normativas allí previstas, cada cual con su objetivo específico. Entre ellas, se encuentra la llamada "enmienda constitucional" aplicada en los momentos en que se proceda a reformar la Constitución.

La Constitución de 1988 es rígida y exige un procedimiento riguroso para su alteración. Consecuentemente, mientras una ley ordinaria es aprobada por la mayoría parlamentaria con los votos presentes en una sesión del Congreso Nacional (mayoría simple), una enmienda constitucional posee requisitos más rígidos para su aprobación, como por ejemplo, el quórum de tres quintos, y dos turnos de votación en cada casa (mayoría absoluta). Las enmiendas también reciben un número de orden continuo (no se renueva anualmente). La enmienda constitucional número 1 es de 31 de marzo de 1992, mientras que la última aprobada fue la enmienda constitucional número 107, de 2 de julio de 2020. El hecho de que la Constitución brasileña tenga más de 100 enmiendas constitucionales editadas naturalmente, no le retira la característica de ser una Constitución rígida, puesto que la flexibilidad o rigidez constitucional está definida en términos

comparativos: debe haber un procedimiento diferente y complejo para la alteración de normas constitucionales en comparación con el procedimiento de aprobación de la legislación ordinaria.

Además del procedimiento de las enmiendas constitucionales, establecido en el artículo 60 de la Constitución de 1988, el constituyente brasileño también creó un segundo procedimiento de alteración del texto constitucional, más práctico, llamado de "revisión constitucional", que también opera por la especie normativa de "enmienda constitucional", solo que su tratamiento lo contempla el artículo 3 del acto de las disposiciones constitucionales transitorias (ADCT), previsto que ocurra dentro de un tiempo determinado por la propia Constitución. Es decir, ocurre en tan solo un único momento. No se trata de una posibilidad de alteración continua o que suceda tal modificación suceda con frecuencia. De esta forma, el constituyente brasileño de 1988 marcó un plazo de cinco años, contados a partir de la vigencia de la Carta, para que el Congreso Nacional pudiese reunirse y evaluar las normas constitucionales que pasarían por ajustes. Esta es la redacción del ADCT: "Art. 3º. La revisión constitucional será realizada después de cinco años, contados desde la promulgación de la Constitución, por el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso Nacional, en sesión unicameral."

El objetivo de la revisión constitucional brasileña (que no guarda cualquier relación con la revisión constitucional italiana) parte de la siguiente premisa: cuando una novedad se pone en uso, puede que, después de algún tiempo preestablecido, necesite ajustes particulares que antes no eran previsibles dejándolo en evidencia por la experiencia de su propio uso. De esta forma, la propia Constitución crea una cláusula de revisión, indicando que después del período de vigencia (de 5 años) habrá un momento específico para realizar ese ajuste, trabajando con la lógica de un balance en el cual estén siendo aplicadas sus normas y, así entonces, proceder con las alteraciones necesarias. De esta forma, la propia Constitución de 1988 flexibilizó su procedimiento de alteración constitucional, al decir que las enmiendas constitucionales de revisión serían aprobadas por mayoría absoluta (ya no por tres quintos de los parlamentares) en votación única y unicameral (tampoco con doble votación de Cámara y Senado).

La previsión constitucional de un proceso de revisión con plazo determinado que debía ocurrir (después de 5 años contados a partir de la promulgación de la Constitución de octubre de 1988) estaba justificado de forma indirecta a partir de otro dispositivo constitucional con plazo preestablecido: el artículo 2 del ADCT había previsto un plebiscito que ocurriría 5 años después de la vigencia de la Constitución. Así quedo la redacción de referido dispositivo constitucional: "el día 7 de septiembre de 1993 el electorado definirá, a través de un plebiscito, la forma (república o monarquía constitucional) y el sistema de gobierno (parlamentarismo o presidencialismo) que debían vigorar en el País." El plebiscito sucedió en abril de 1993 y la votación popular pidió la manutención de la república presidencialista. En la hipótesis de que hubieran sido victoriosas las figuras de la monarquía y el parlamentarismo, tendrían que haberse hecho readaptaciones a la Constitución sobre la forma y sistema de gobierno.

De hecho, la revisión constitucional de 1993 no fue tan significativa. Tal vez porque en aquel momento el índice de alteración de la Constitución aún era menor (la primera alteración constitucional solamente fue efectuada en 1992, casi tres años y medio posteriores a la promulgación de la Constitución de 1988). Aun así, fueron producidas seis enmiendas constitucionales de revisión, publicadas en la misma fecha del 9 de junio de 1994, haciéndole alteraciones puntales en materia de prerrogativas parlamentares, doble ciudadanía y tiempo de duración del mandato presidencial. Con estas modificaciones meramente puntuales, no se puede decir que hubo una mudanza del perfil del texto aprobado en 1988.

Así, considerando lo expuesto, puede concluirse, en relación a este tópico, que Brasil adopta la especie normativa llamada de "enmienda constitucional" para ser utilizada cuando el parlamento entienda que deba hacerse mudanzas en alguna norma constitucional. Sin embargo, hay dos tipos de enmiendas constitucionales: las enmiendas constitucionales del artículo 60 (con un total de 107 producidas a lo largo de 32 años de vigencia de la Constitución federal de 1988) y las enmiendas constitucionales de revisión del artículo 3 del ADCT (con un total de 6, realizadas de una sola vez, después de 5 años de la promulgación de la

Constitución, en 1994). Ha de resaltarse, finalmente, que estas últimas ya agotaron su capacidad normativa cuando fueron producidas, siendo imposible la realización de una nueva revisión constitucional.

III. El caso de los tratados internacionales con jerarquía constitucional

En 2004 fue promulgada la enmienda constitucional número 45, que complementó al artículo 5 de la Constitución con la siguiente norma: "§ 3º Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados, en cada Casa legislativa del Congreso Nacional, tramitado en dos turnos, por tres quintos de los votos de sus respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".

Esa importante novedad viabilizó el aumento del bloque de constitucionalidad brasileño en la medida en que los tratados internacionales sobre derechos humanos han sido incorporados con jerarquía constitucional.

En ese caso, no se utiliza la especie normativa "enmienda constitucional", sino los decretos legislativos. Esa especie normativa, a su vez, está prevista en el inciso VI del artículo 59 de la Constitución.

Tradicionalmente, el proceso de aprobación de los decretos legislativos es bastante simple. Tal especie normativa es habitualmente utilizada para regir los asuntos de competencia del propio parlamento, de forma que ni siquiera existe sanción presidencial para ese tipo de proceso legislativo. El quórum de aprobación también es el menor posible: mayoría simple (la mayoría de los allí presentes).

Sin embargo, cuando el decreto legislativo se utiliza para la aprobación interna de un tratado internacional sobre derecho humanos y es celebrado por el jefe del poder Ejecutivo, sucede un cambio significativo en el procesamiento de tramitación y aprobación: una vez celebrados por el presidente de la república, los tratados necesitan la aprobación legislativa para que pue-

dan ser aplicados en Brasil. Esa aprobación parlamentaria se da mediante un proceso legislativo que utiliza las mismas formalidades de las enmiendas constitucionales: dos votaciones en la Cámara de Diputados y dos votaciones en el Senado, con quórum de tres quintos de los miembros de cada casa parlamentaria. Tan pronto se aprueba, el decreto legislativo que internaliza el tratado internacional, comienza a ocupar el status de enmienda constitucional, ya que se adoptó el mismo procedimiento para tal fin.

La inserción del parágrafo tercero del artículo 5, transcrito anteriormente, terminó por crear dos procesos distintos para la aprobación de los decretos legislativos: uno general, con quórum de mayoría simple, y otro específico para tratados, con quórum de enmiendas. Hasta el momento fueron dos tratados aprobados por decretos legislativos que utilizaron el proceso legislativo similar al de las enmiendas constitucionales: el decreto legislativo número 186, de 9 de julio de 2008, que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), firmada en Nueva York, y el decreto legislativo número 261, de 25 de noviembre de 2015, que aprueba el testo del Tratado de Marrakech referente facilitar la lectura a personas ciegas o con discapacidad para acceder al texto impreso, firmado en Marrakech, el 28 de junio de 2013.

Como puede observarse, tan solo dos tratados que versan sobre derechos humanos (ambos relacionados con derechos de personas con discapacidades) fueron aprobados internamente, siguiendo el mismo procedimiento de aprobación de las enmiendas constitucionales. Esto hace que las centenas de normas de estos tratados sean consideradas normas de porte constitucional en Brasil. El bloque de constitucionalidad que, antes de la previsión del artículo 5, § 3, estaba compuesto apenas de normas del texto original de la Constitución, adicionado de normas de enmiendas constitucionales (de revisión o no), ahora comienzan a ser integradas por normas de tratados internacionales sobre derechos humanos que se sitúan en el mismo plano jerárquico de la Constitución federal.

Se puede resumir entonces, que las normas constitucionales brasileñas son provenientes de cuatro procesos de formación distintos: *a)* normas de redacción original que se remontan al pro-

ceso constituyente; *b)* normas provenientes de enmiendas constitucionales; *c)* normas oriundas de enmiendas constitucionales de revisión, y *d)* normas resultantes de decretos legislativos que aprueban tratados internacionales sobre derechos humanos.

IV. Etapas del procedimiento para la alteración constitucional

Vamos a sujetarnos ahora a elucidar la experiencia brasileña sobre el proceso de presentación, deliberación y aprobación de una enmienda constitucional (ítem "b" supra). No vamos a sujetarnos al proceso de elaboración de la propia Constitución (inciso a), supra), ya que el tema central de este Seminario versa sobre la *revisione costituzionale*. Tampoco vamos a atenernos al proceso de celebración de tratados internacionales sobre derechos humanos con status de enmienda constitucional (inciso d), supra), pues, a pesar de que estos tratados tengan jerarquía constitucional, no poseen el objetivo de revisar la Constitución; tampoco vamos a remitirnos al proceso e enmiendas constitucionales de revisión del artículo 3 del ADCT (inciso c), supra), teniendo en cuenta que esas enmiendas de revisión tenían una fecha determinada para haber sido realizadas (1993), ya fueron hechas y el efecto normativo del dispositivo constitucional que autorizaba su producción está, por tanto, completamente agotado.

En la praxis constitucional brasileña, cuando hay necesidad de ser creada una norma constitucional (bien sea para integrar y alterar la redacción de la Constitución, o bien, para disciplinar algún tema con jerarquía constitucional), se utiliza el procedimiento del artículo 60. Dicho procedimiento posee básicamente tres etapas, considerando su proceso legislativo. La primera de ellas es la de la iniciativa. La segunda, la deliberativa. Y la tercera, la de promulgación.

En la primera fase se indaga: ¿quiénes serían los sujetos con capacidad para proponer la alteración constitucional? Esta respuesta se encuentra en los incisos del artículo 60. La Constitución podrá ser emendada por la propuesta: *a)* de un tercio de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal;

b) del presidente de la república, y *c)* de más de la mitad de las asambleas legislativas de los estados.

A partir de la regulación constitucional de la fase iniciativa de las enmiendas constitucionales, algunas lecciones pueden ser extraídas: no le es posible al parlamentar de forma individual proponer una enmienda constitucional (él debe suscribir la propuesta con por lo menos un tercio de la firma de sus pares). Es decir, considerando que la Cámara de Diputados posee 513 miembros, el número mínimo para la presentación de una propuesta de enmienda a la Constitución (PEC) será de 171. Ya en el Senado Federal, considerando que son 81 Senadores, el número mínimo será de 27.

Ya en el caso del presidente de la republica existe la posibilidad de ser presentada por el ejecutivo de forma individual. Esto, incluso, es un indicativo de la hipertrofia que el presidencialismo brasileño vivió en las últimas décadas del siglo pasado. Puesto que la Constitución de 1946, en su artículo 217, no se permitió que el Presidente de la República estuviera legitimado para la presentación de propuestas de alteración constitucional. En el caso de la Constitución de 1967 fue incluida, en el artículo 59, II, la legitimación del jefe del Ejecutivo para la presentación de propuesta de enmienda, posibilidad actualmente mantenida por la Constitución de 1988.

Finalmente, en relación a la primera fase, de iniciativa, hay una cláusula típicamente federalista que permite la participación de los entes sub-nacionales en la propuesta de alteración constitucional. Los poderes legislativos de los estados miembros puede presentar una propuesta de alteración constitucional, desde que lo hagan en más de la mitad de las asambleas legislativas de los estados de la federación brasileña. Aún hay una segunda regla constitucional: la deliberación en cada Asamblea puede ser tomada por la mayoría relativa o simple.

Con esto, se encierra el rol de los legitimados para la presentación de una alteración constitucional. Ha de observarse que no hubo previsión para que la iniciativa popular pudiera presentar una enmienda constitucional. Sin embargo, hay una posibilidad para la presentación de proyectos de ley por medio de la ini-

ciativa popular (art. 61, § 2). Esta iniciativa popular existe en algunos estados de la federación, pero solo para la presentación de propuestas de enmienda a la Constitución del estado, no la Constitución federal. Como el caso del estado de Amapá. La Suprema Corte brasileña examinó si un estado podría contemplar esta previsión (de la iniciativa popular a través de enmiendas), aun en la ausencia de este parámetro similar al plano federal. La postura de la Corte fue en el sentido de permitir que los estados incluyeran esa innovación. El caso fue apreciado mediante la acción directa de inconstitucionalidad 825, STF, juzgada en octubre de 2018. En el plano federal, se mantiene dicha imposibilidad, en razón de la ausencia de previsión normativa constitucional.

Superada la fase de iniciativa, se llega a la etapa deliberativa. La PEC está puesta para la discusión y votación en cada una de las casas (Cámara de Diputados y Senado Federal). Después de pasar por las comisiones temáticas relacionadas a su materia, se llega a la plenaria, con el desafío de obtener tres quintos (60%) de los votos de los parlamentares de su respectiva casa. Esto es, para obtener la aprobación en la Cámara de Diputados, debe recibirse la aprobación de 308 de 513 miembros. Ya en el Senado, debe recibir la aprobación de 49 de 81 de sus miembros. Es un quórum cualificado de votación.

En el proceso de deliberación y votación legislativa, quórums calificados pueden privilegiar el interés de grupos minoritarios. En ese sentido, en la votación de una propuesta de enmienda constitucional, la minoría parlamentar puede salir vencedora en la arena decisoria. Explicándolo de otra forma, puede considerarse que haya una necesidad de aprobación del 60% de los parlamentares, si eventualmente el 41% no desea la alteración constitucional, su voluntad, aun como minoría, será la de prevalecer sobre el 59% de los que pretendan tal alteración constitucional. Por tanto, es vencedora la minoría.

Si eventualmente la mayoría de 60% obtiene la victoria, aun así la materia no será aprobada. Esto se debe a que la Constitución federal determina que la propuesta de una enmienda a la Constitución necesita dos votaciones en cada una de las casas. Esto es, que para aprobar una alteración constitucional, son ne-

cesarias 4 votaciones. Debe destacarse que entre la primera y la segunda votación de cada casa debe existir un lapso de tres sesiones ordinarias, con la finalidad de hacer que el proceso de alteración constitucional sea madurado y no apresurado. La regla del intersticio no es constitucional, y sí del regimiento interno del legislativo.

Al final del proceso deliberativo, habiendo sido aprobada la propuesta de enmienda constitucional en las dos votaciones de Cámara de Diputados y en las dos votaciones del Senado Federal, se prosigue con la tercera etapa del proceso legislativo de enmiendas constitucionales, que es justamente la fase de la promulgación. Es una etapa formal, realizada por las mesas de la Cámara y del Senado, donde se registra que se realizó el tramite con el justo y debido proceso legislativo, y que la materia aprobada deja se ser tan solo una propuesta de enmienda y pasa a tornarse verdaderamente una enmienda constitucional.

Es en ese momento que la enmienda constitucional recibe su respectivo número de orden, que es continuo (no se reinicia iniciarse cada año). Con esto, el ciudadano puede acompañar cuantitativamente la evolución de la alteración constitucional de su país.

Finalmente, debe decirse que, al contrario de los demás países, la enmienda constitucional brasileña, al ser aprobada en el parlamento, no necesita de un referendo popular para su eficacia. Tampoco necesita del aval del pueblo. El recurso a la democracia directa no está previsto en ese caso, pensando más en una democracia representativa.

Estas son, de manera general, las reglas que definen el tratamiento del proceso de presentación, deliberación y promulgación de una enmienda constitucional en Brasil.

V. Derechos fundamentales como límites a la reforma constitucional

La mudanza de la Constitución en Brasil tiene sus límites impuestos de forma expresa, dentro del propio texto constitucional,

además de poseer también límites implícitos. Para sumergirse en el asunto a partir del caso brasileño, véase el libro de Gustavo Just da Costa e Silva, titulado *Límites al poder de la reforma constitucional*. La combinación de los límites explícitos con los implícitos no es, ciertamente, una cuestión meramente brasileña. En Italia, por ejemplo, se previó expresamente un límite de reforma a través de la cláusula republicana (art. 139). Ya en Brasil no se previno un límite de modo explícito, sin embargo hay quien sustente que exista, de forma implícita: el argumento usado es aquel que dice que si la cláusula republicana fue puesta, por el constituyente originario, a la decisión popular, por medio de la previsión del plebiscito de 1993 (art. 2 ADCT), entonces no puede decirse hoy que el parlamento irrespeta la decisión del pueblo previamente tomada (la autoridad popular en ese asunto fue una elección de la propia Constitución federal).

En lo que respecta a los derechos fundamentales, aún existe una discusión que afecta parcialmente el asunto de los límites implícitos. Vamos a explicarlo mejor: el texto de la Constitución de 1988 estableció cuatro límites materiales explícitos. Dijo el constituyente que no serían admitidas discusiones de propuestas de enmiendas que estuvieran apoyadas a la derogación de: *a)* la forma federativa de Estado; *b)* el voto directo, secreto, universal y periódico; *c)* la separación de los poderes y, por último, *d)* los derechos y garantías individuales. Ese rol de protección, también llamado de cláusulas pétreas, se encuentra previsto en el artículo 60, § 4 de la Constitución de 1988.

Como puede observarse, el asunto relativo a los derechos se encuentra previsto como límite explícito. Sin embargo, la expresión utilizada por la Constitución fue el de "derechos individuales". Es de esta situación que surge el problema para saber si los demás derechos, que no sean individuales, estarían también incluidos en el rol de protección constitucional contra el poder de reforma.

De hecho, es importante regresar un poco en la topografía constitucional, y salirnos del artículo 60, para ir al comienzo del texto de 1988. Por primera vez, una Constitución brasileña utiliza la expresión "derechos fundamentales" y, curiosamente, también por la primera vez el espacio dedicado por el constituyente

a los derechos fue fijado al inicio del texto. En otras constituciones estaban previstos los derechos en la mitad o al final de la Carta, privilegiando a los primeros artículos y títulos siempre en la parte orgánica (organización de poderes y definición de competencias entre las unidades de la federación). El constituyente de 1988, al organizar un título entero dedicado a los derechos fundamentales, utilizó las nomenclaturas según la relación de género y especie, a partir de la organización de títulos y capítulos. De esta forma, el título II de la Constitución posee la redacción "de los derechos y garantías fundamentales". Ese título II se subdivide en varios capítulos, cada cual poseyendo un nombre relativo a una especie de derecho fundamental. Así, el capítulo I habla de los "derechos y deberes individuales y colectivos". En el capítulo II son mencionados los "derechos sociales". El capítulo III, "la nacionalidad". El IV, "los derechos políticos y, por último, el V, "de los partidos políticos".

Por esta lógica, es posible dogmáticamente sustentar que todo derecho individual es un derecho fundamental, pero no todo derecho fundamental es un derecho individual. El mismo raciocinio se aplica a los derechos sociales, políticos y de nacionalidad, especies que son del género "derechos fundamentales".

Pero ¿por qué esto es importante para el debate aquí propuesto? Es relevante en la medida en que la cláusula pétrea del artículo 60 § 4 habla de la imposibilidad de reforma de los derechos "individuales". Una lectura literal del texto constitucional podría de forma errónea llevar al intérprete a pensar que los derechos sociales, políticos o de nacionalidad no estarían protegidos contra la fuerza erosiva del legislador ordinario, al no estar abarcados dentro del concepto de cláusula pétrea. Y es justamente en ese punto que los límites explícitos se articulan con los implícitos.

Para tanto, es importante comprender que el objetivo mayor de una cláusula pétrea no es otro sino el de proteger la identidad de la propia Constitución, que no puede ser desfigurada en su *cuore*. Y siendo el Estado brasileño, según propio el artículo 1, que menciona a un Estado democrático y "social" de derecho, no se puede admitir una exégesis que permita la desconstitucionali-

zación de los derechos sociales. Permitir, por ejemplo, que sean retirados los derechos sociales por medio de enmiendas sobre el argumento de que la expresión literal de la cláusula de protección comprende apenas los "derechos individuales", sería equivalente a permitir que la identidad central del Estado constitucional brasileño sea completamente desfigurada. Ese entendimiento va completamente en contravía del concepto de cláusula pétrea, que como cláusula de protección, se entiende como el más valioso e identitario trabajo del constituyente.

En ese sentido, puede decirse que hay una previsión explícita de imposibilidad de retirada de derechos individuales e implícita de los demás derechos fundamentales, que se encuentran blindados constitucionalmente. Además de esto, al considerarse que los derechos fundamentales son interdependientes unos con los otros y no pueden ser analizados en perspectiva fragmentada, la eventual retirada de los derechos sociales del texto constitucional afectarían de forma relevante los propios derechos individuales, o como lo dice el músico Humberto Gessinger, en su canción *Infinita Highway*: "Todo bien chica, de nada sirve ser libre si tanta gente vive sin tener qué comer".

Así también pensó el Supremo Tribunal Federal brasileño al sistematizar, en la acción directa de inconstitucionalidad 3685 de 2006, que la enmienda constitucional 52, al innovar en las coligaciones partidarias, debería obedecer al límite del principio de anualidad (apenas debiendo ser aplicada en el año posterior al de su entrada en vigor).

Esto es, la Corte controló una enmienda constitucional en razón del límite verificado en el derecho político y no en el derecho individual. En el caso de que prevaleciera la tesis según la cual, tan solo los derechos individuales fuese cláusulas pétreas, no podría la Corte haber controlado una enmienda con base en una norma parámetro del derecho político del artículo 16 de la Constitución de 1988.

Debe destacarse que la Corte puede controlar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales, ya sea por vicios materiales (cuando ocurre una colisión con el contenido de alguna cláusula pétrea), como también por vicios formales (cuando se

incumple una regla procedimental en el proceso legislativo de deliberación y aprobación de una enmienda).

En fin, la discusión sobre los límites explícitos se desarrolla, en el caso brasileño, con menos dudas que la discusión sobre la existencia de límites implícitos que, en ocasiones, se deriva de la necesidad de un fundamento sociológico de la propia Constitución, o tal vez por cuestiones interpretativas a partir de los textos imprecisos llevados a cabo por el constituyente originario.

VI. Mudanza constitucional para superar la declaración de inconstitucionalidad

Como último tópico de este ensayo sobre la experiencia de las mudanzas constitucionales y de reforma de la Constitución, importa identificar cuál es la relación construida entre el parlamento y la suprema corte en la narrativa constitucional de Brasil.

Cuando el Supremo Tribunal Federal declara la inconstitucionalidad de alguna ley, lo hace utilizando una norma constitucional como parámetro. La relación paramétrica es indispensable para que los jueces puedan identificar lo que efectivamente fue violado y cuál es la característica transgresora de la norma indicada en el ámbito de control de constitucionalidad.

Nos preguntamos si la norma parámetro constitucional utilizada para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad puede ser alterada por medio de una enmienda constitucional, de forma que se maniobre el control de constitucionalidad. En la práctica, esto equivale a una especie de constitucionalización superviniente por medio de una enmienda constitucional (sin aprovechamiento de la norma constitucional, claro está).

En la experiencia brasileña y de la jurisprudencia de la Suprema Corte, desde que no sean alteradas las cláusulas pétreas, es posible hacer la mudanza constitucional para superar la declaración de constitucionalidad. La previsión de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el artículo 103 de la Constitución de 1988, deja bastante claro que el efecto vinculante de

la decisión de la Corte no afecta al poder legislativo. Es decir que frente a una eventual declaración de inconstitucionalidad de una ley, el propio poder legislativo, en el ejercicio de su función típica de legislar, no se encuentra adscrito a los efectos de la decisión, pudiendo inclusive elaborar otra norma idéntica a la que habría sido declarada inconstitucional.

Si esto es posible en relación a la ley infra constitucional, lo es más aun en relación a las normas de enmiendas constitucionales destinadas a superar declaraciones de inconstitucionalidad. En 2016, la Corte enfrentó esa experiencia en la acción directa de inconstitucionalidad 4983, al declarar inconstitucional una ley del estado de Ceará que disciplinaba la práctica del coleo de reses, denominado *vaquejada*, como práctica deportiva y cultural. La Corte entendió que ese deporte promovía la crueldad con los bovinos. La práctica de la *vaquejada* es más habitual en el Nordeste del país (así como la práctica de las corridas de toros en el Sur de España).

Ocurre que hubo una enorme resistencia de los estados nordestinos contra la decisión del Supremo Tribunal Federal. Diversos argumentos fueron utilizados, dentro de los cuales uno orden económica (la *vaquejada* incentiva la economía del interior del estado, uno de los más pobres). Por lo tanto, para legitimar la práctica de la *vaquejada,* los parlamentares aprobaban la enmienda constitucional número 96, de junio de 2017, estableciendo que "no se consideran crueles las prácticas deportivas que utilicen animales, desde que sean manifestaciones culturales, conforme el § 1º del art. 215 de esta Constitución federal, registradas como bienes de naturaleza inmaterial integrante del patrimonio cultural brasileño, debiendo por tanto ser reglamentadas por ley específica que asegure el bien estar de los animales involucrados". Esa reacción fue encajada en el texto constitucional brasileño justamente como forma de oponerse a la declaración de inconstitucionalidad.

Por tanto, y por último, considerando la ausencia de efecto vinculante al Legislativo de la declaración de inconstitucionalidad protagonizada por la Corte, se entiende que los diputados y senadores pueden superar la decisión de la corte produciendo una nueva regla constitucional.

VII. Conclusiones

De todo lo expuesto hasta aquí y a la luz de la experiencia brasileña, podemos concluir, considerando el tema central del Seminario, que la expresión revisión constitucional en Italia posee un significado diferente de la misma expresión utilizada en Brasil. La alteración de normas de la Constitución federal de 1988 se procesa mediante las enmiendas constitucionales que, por regla, se incorporan al texto primitivo y originario para reescribirlo. Esto no significa decir que está sucediendo una revisión constitucional, y sí una reforma constitucional.

El concepto de revisión constitucional posee otra aplicación en Brasil: se trata de un momento, previamente establecido por el constituyente originario, para verificar si hay ajustes necesarios en el texto constitucional que se volverán imperativos en razón del uso inaugural del texto. La revisión constitucional brasileña se dio en 1994, y no puede volver a ocurrir.

La composición del bloque formal de constitucionalidad brasileño (como normas de jerarquía constitucional) también incluyen los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales son aprobados por medio de decretos legislativos, utilizando los mismos procedimientos de aprobación de una enmienda constitucional. Eso hace con que nuestra "Constitución" de un salto significativo sobre el aspecto cualitativo (dispositivos normativos con jerarquía constitucional).

Respecto al procedimiento para la aprobación de una enmienda constitucional, existen unas reglas constitucionales específicas, ordenadas en tres etapas: iniciativa, deliberativa y de promulgación. La Constitución brasileña destaca las enmiendas estableciendo, en el contenido de su proceso legislativo, un reglamento aparte para esa especie normativa. Estos procedimientos son igualmente requeridos por la Corte, pudiendo ejercer el control de constitucionalidad.

El ejercicio del control de constitucionalidad de enmiendas constitucionales operado por el Supremo Tribunal Federal depende de forma especial de la capacidad de identificación de los límites implícitos y explícitos al poder de reforma. En lo que

respecta a los derechos fundamentales, se encuentra expresa la previsión de cláusulas pétreas como derechos individuales, desde que se pueda ampliar ese concepto para los propios derechos fundamentales.

Por último, el papel de la Corte en la delimitación del espacio de las enmiendas constitucionales es, sin lugar a dudas, un papel relevante, mereciendo destaque el que la decisión de la Corte pueda ser sometida por el Parlamento, mediante la elaboración de una nueva norma, desde que, por obvio, no se violen las cláusulas pétreas. El fundamento para que esto ocurra está en la propia Constitución federal, cuando afirma que el efecto vinculante de la decisión de inconstitucionalidad no se aplica al poder legislativo en el desempeño de su función de legislar.

La experiencia brasileña de alteración constitucional demuestra que, a pesar de todos los obstáculos y procedimientos rígidos para mudanza, Brasil tiene una Constitución dinámica y un parlamento actuante en lo que respecta a la producción de normas constitucionales. Hasta el día de hoy, se contabilizan 107 enmiendas y 6 enmiendas de revisión, además de los tratados internacionales sobre derechos humanos internalizados con rango constitucional. Todo esto es la gran "masa constitucional" que va creciendo con el pasar de los años y que no puede ser descuidada para la buena aplicación del derecho en Brasil.

El control jurisdiccional de las reformas constitucionales, los límites al poder de reforma como sustento del control y la referencia a algunas experiencias concretas al respecto

*Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**

Sumario: I. Planteamiento del problema a abordar. II. Las construcciones que permiten ejercer un control jurisdiccional sobre las reformas constitucionales. III. Evolución del control jurisdiccional a la reforma constitucional en algunos Estados en particular. IV. Anotaciones a modo de conclusión. Bibliografía.

I. Planteamiento del problema a abordar

En el Estado constitucional contemporáneo, fenómenos como los de la "constitucionalización del derecho", la "convenciona-

* Magistrado y ex vicepresidente del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Administrativo en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura, Ruiz de Montoya e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor visitante o conferencista invitado en diversas universidades, centros de estudios y cortes constitucionales de Alemania, Italia, Francia, España, Suiza, México, Brasil, República Dominicana, Argentina, Colombia, Chile, Uruguay, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Paraguay, Costa Rica, Puerto Rico, Panamá, Honduras, Corea del Sur, Qatar, Guatemala, Nicaragua, Polonia, Andorra y Marruecos. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red peruana de docentes de Derecho Constitucional y las Asociaciones peruanas de Derecho Procesal y Derecho Administrativo. Autor o coautor de diversos libros y artículos sobre materias de su especialidad.

lización del derecho" y "la constitucionalización de la política" vienen, muy a despecho de algunas contramarchas y dificultades, consolidándose progresivamente. En este texto vamos a poner especial énfasis en uno de estos fenómenos, el de la "constitucionalización de la política", visto a través de una de sus variables más importantes, y a la vez, más polémicas: la vinculada al control en sede jurisdiccional, básicamente a través de los procesos constitucionales ya establecidos en cada ordenamiento nacional.

Y es que hoy se entiende que, si bien derecho y política no son lo mismo, en un Estado constitucional el quehacer político debe darse de acuerdo con los preceptos, principios, derechos y valores recogidos en cada Constitución; lo que desprenden de su lectura sistemática o convencionalizada de cada Constitución; o lo que puede inferirse de cada Constitución (tanto de su texto o de su lectura convencionalizada) en particular.

En este contexto, conceptos provenientes de escenarios distintos, aunque con similar finalidad (buscar que lo decidido en estos casos no sea revisado en sede jurisdiccional), como las cuestiones políticas, los actos políticos o los actos de gobierno tienen hoy una vigencia pasible de ser puesta en entredicho, apostándose incluso a la desaparición de estos conceptos, o por lo menos, permitiendo su control en sede jurisdiccional.

La reforma constitucional fue durante muchos años comprendida dentro de aquellas actuaciones tomadas por órganos políticos, las cuales no admiten ser revisadas en sede jurisdiccional. Eso con el tiempo ha ido variando, con base en el establecimiento de ciertos criterios, tal como lo demuestran diversas experiencias comparadas, algunas a las cuales haremos mención en este texto. Pasemos entonces de inmediato a desarrollar las materias que ya aquí acabo de reseñar.

II. Las construcciones que permiten ejercer un control jurisdiccional sobre las reformas constitucionales

2.1 El reconocimiento de límites al poder de reforma

Uno de los elementos centrales de todo Estado constitucional es el de la limitación del poder. Una de las consecuencias del reco-

nocimiento de esos límites es la de la habilitación de mecanismos de control que permitan, entre otros factores, garantizar el respeto a esos límites. Si estamos en un Estado constitucional, en donde la legitimación del poder y la resolución de conflictos generados por ese ejercicio del poder proviene de consideraciones jurídicas, estos controles al poder van en principio poder plantearse ante quienes cuentan con potestad jurisdiccional, pues son los jueces y las juezas los responsables de ejercer ese control jurídico en las mejores condiciones posibles.

Este reconocimiento de la limitación del poder y, por ende, ese sustento de la habilitación del control jurisdiccional de las diversas manifestaciones del ejercicio del poder (en este caso, del poder político) hoy se proyecta a espacios a los cuales nadie hubiese incluido dentro de estos ámbitos de control. Así, por ejemplo, en principio el poder constituyente se presentaba como un poder ilimitado, dado el carácter pre jurídico o anterior a la creación del Estado que se le atribuía al poder constituyente. Es más, en esa misma línea, son muchos los que destacan como características de este particular poder a las siguientes:

a) inicialidad: sobre él no preexiste ningún otro poder;
b) autonomía: no existe grupo o persona que pueda imponerse a su decisión, y mucho menos sustituirlo;
c) incondicionalidad: no se encuentra sujeto a modalidades preestablecidas, y
d) temporalidad: este poder se hace efectivo por un lapso determinado y para con el fin específico de dictar una nueva Constitución.[1]

Sin embargo, hoy dentro del Estado constitucional y su dinámica de limitación del poder para garantizar fundamentalmente el reconocimiento y la plena vigencia de los diferentes derechos, puede ahora incluso concluirse que el poder constituyente poseería límites, los cuales pueden clasificarse dentro de lo que Néstor Pedro Sagüés denomina topes al poder constituyente ori-

[1] Vanossi, Jorge Reynaldo, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. I, pp. 129 y ss.

ginario.[2] Estos límites o tópicos son a saber los que se consignan a continuación:

1. Topes ideológicos: se refieren al conjunto de creencias o valores que operan en el ámbito de la conciencia del ejerciente o ejercientes del poder constituyente originario;
2. Topes estructurales: están referidos al ámbito social subyacente y al momento de elaborar una Constitución: el sistema productivo, las clases sociales, etcétera;
3. Topes fácticos: hacen referencia a las influencias políticas que se manifiestan desde los grupos de presión la fuerza armada, la comunidad internacional etcétera, y
4. Topes axiológicos: estos se refieren al ámbito ético-político dentro del cual debiera desenvolverse el ejercitante o ejercitantes de dicho poder. Evidentemente hoy es inaceptable la consumación de la arbitrariedad y la vulneración de la dignidad humana, en razón de que dichas "acciones" rompieran la propia racionalidad ordenadora y finalista de todo texto constitucional.

De la lectura de lo recientemente mencionado, podría deducirse que el poder constituyente no posee limitaciones a nivel jurídico. No obstante, ello mismo es discutible. Como bien señalaba Bidart Campos, una norma convencional (un tratado sobre derechos humanos, por ejemplo) opera como un límite heterónomo de evidente naturaleza jurídica al ejercicio del poder constituyente futuro. Ahora bien, si ya se reconoce la existencia de límites al poder constituyente, esto se justifica con mayor razón si hablamos del ejercicio del poder de reforma (constitucional).

Y es que, si en mérito de la dinámica del Estado constitucional, donde los poderes se encuentran limitados y, por ende, no es posible señalar que exista un poder ilimitado o que no se encuentre sometido a control, bien puede entenderse como doctrinaria como jurisprudencialmente se ha discutido sobre la existencia de límites al poder de reforma. En ese sentido, se habla de límites formales, límites materiales y límites lógicos, conceptos cuyos alcances reseñaremos a continuación.

[2] Sagués, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 276 y ss.

2.2. Límites formales a la reforma constitucional

Al respecto, dentro de los límites formales se encuentra el procedimiento de la reforma constitucional. Dicho con otras palabras, si una reforma no cumple con los requisitos procedimentales y competenciales previstos en la Constitución (art. 206 de la Constitución peruana), la reforma no será válida.

Este tipo de control también se encuentra recogido en el artículo 241 de la Constitución colombiana, el cual habilita a la Corte Constitucional para ejercer control de constitucionalidad sobre actos de reforma en aspectos procedimentales.

2.3. Límites materiales

El debate sobre este tema surge, de acuerdo con Wright, cuando en un primer momento se discutió si a partir de lo previsto en el artículo V de la Constitución federal de los Estados Unidos de América, podía eliminarse un Estado. En este supuesto, la doctrina estaba dividida, dado que un sector señalaba que se necesitaba el consentimiento de la población, mientras que otro, invocando la igualdad de representatividad de los senadores, indicaba que podían destruirse todos los Estados y el grado de representación seria cero.

Tras dar cuenta de la larga discusión que se generó al respecto, Wright indica que la teoría de los límites materiales (vinculados más bien al contenido de la reforma) y, sobre todo, cuando nos encontramos frente a límites de carácter implícito, nos lleva ante una postura que se genera luego de darse un rechazo del derecho natural por parte de la doctrina. Sin embargo, cuando luego se busca dar respuesta a estas objeciones, el citado autor reconoce que existen límites implícitos y no solamente explícitos frente al llamado fraude a la Constitución.[3]

[3] Sobre el particular, véase Wright, R. George, "Could a Constitutional Amendment be Unconstitutional?", *Loyola University Law School*, vol. 22, 1991, pp. 756-763. Se reconoce entonces la existencia de límites materiales (o sustantivos) que pueden ser implícitos o explícitos.

En cualquier caso, conviene tener presente que dentro de los límites materiales al poder de reforma se encuentra el reconocimiento y la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales. Sobre el particular, se indica que muchas veces estos límites son implícitos (no se necesita que estén expresamente establecidos), dada la trascendencia que estos poseen. Es más, hay quienes alegan que la capacidad de invocar estos límites se puede derivar del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, declaración cuyo tenor nos indica la inexistencia de una Constitución si un país no promueve la vigencia de derechos fundamentales, la división de poderes y la dignidad del ser humano.

2.4. Límites lógicos

Este tipo de límites fue advertido por primera vez por Alf Ross, cuando en su libro "El concepto de validez", señala que:

> Ahora bien, mi idea es que la paradoja constitucional queda solucionada si admitimos la existencia de una norma básica de este tipo como fundamento ultimo de la validez de un orden jurídico que contenga reglas para la reforma de la constitución, tales como el art. 88 de la Constitución danesa. La norma básica diría:
>
> N: Obedeced la autoridad instituida por el art. 88 hasta que esta autoridad designe un sucesor, entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente.[4]

Sobre el particular, Guastini anota lo siguiente:

> Una revisión del artículo 138 de la Constitución italiana, en la forma por él prevista, provocaría la paradoja de una norma (el nuevo art. 138) que contradice a su propio fundamento de validez (el "viejo" art. 138). Por tanto, el artículo 138 debe ser interpretado como referido a todas las disposiciones de la Constitución, con excepción del artículo 138 mismo. De ahí se sigue que no existen procedimientos legítimos para la reforma del artículo 138 de la

[4] Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Ciudad de México, Fontamara, 1997, p. 87.

> Constitución italiana, y que, por tanto, tal disposición no es susceptible de reforma (legal).
>
> La tesis es sugestiva pero, de hecho, no es persuasiva. En última instancia, parece descansar sobre la supraordenación lógica de la norma sobre la reforma respecto (no solamente a las leyes de reforma, sino) a la misma Constitución.
>
> En otras palabras, la norma sobre la reforma aparece, desde el punto de vista lógico, como una norma "superconstitucional. Si no de una jerarquía lógica, se trata de una jerarquía material.[5]

Con lo señalado en los párrafos supra, se llega en cualquier caso a la conclusión de que los mecanismos mediante los cuales el poder de reforma contiene limites, dada la naturaleza del Estado constitucional vinculados, entre otros aspectos, a la protección de los derechos fundamentales, la configuración del régimen político vigente y a los alcances del mismo poder de reforma. Por otra parte, también conviene resaltar que en puridad no es necesario que exista una cláusula expresa para deducir la existencia de estos límites.

2.5. Críticas a algunos límites de la reforma constitucional

Sobre el particular, justo es anotar que, siguiendo lo señalado por Pedro de Vega, un sector de la doctrina se ha pronunciado en contra de las cláusulas pétreas o cláusulas de intangibilidad, cláusulas a través de las cuales se materializan los diversos límites al poder de reforma.

Un primer nivel de crítica al mantenimiento de cláusulas pétreas señala que la Constitución, al momento de contener este tipo de cláusulas, se politiza, quedando su texto y la comprensión del mismo a la merced de la subjetividad de los partidos de turno o que estos puedan imponer sus ideales. En ese sentido, la Constitución perdería su carácter objetivo.

---

[5] Guastini, Riccardo, *Estudios sobre teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontamara, 2001, pp. 203 y 204

Por otra parte, otro sector descarta la existencia de las cláusulas de intangibilidad, señalando que se estaría creando una jerarquía normativa en la misma Constitución, pues dichas cláusulas estarían en un supuesto e inaceptable nivel superior.

Finalmente, otros autores señalan que las cláusulas de intangibilidad no existen, debido a que es posible, mediante la reforma constitucional, modificar el texto que indica la no revisión de algún artículo. Cabe anotar que esta crítica únicamente resulta aplicable a las cláusulas constitucionales como la del artículo 139 de la Constitución italiana.

Sobre esta crítica, Pedro de Vega sostiene que el hecho que estas cláusulas sean intangibles, supone que no están sujetas a algún tipo de reforma. Por ende, tampoco procedería aquella revisión para que estas pierdan dicha calificación.[6]

2.6. Casos excepcionales de límites (y, por ende, de control) a la reforma constitucional

Justo es anotar que, conjuntamente con los límites formales (procedimentales) y materiales (sustantivos e incluso lógicos) de la reforma constitucional, cabe señalar que la reforma constitucional ha sido controlada por otras maneras excepcionales. Siguiendo a Albert, la inconstitucionalidad de la reforma puede darse desde el *statutory law*, el reconocimiento de una convención constitucional y la inconstitucionalidad por implicación.[7]

Refiriéndonos al primero de estos supuestos, Albert señala que una Ley Regional de Veto puede ser interpretada de tal manera que cumpla con ofrecer limites procedimentales a la reforma constitucional.

Sobre la segunda posibilidad acogida, Albert nos señala que una reforma debe ser declarada inconstitucional si vulnera el re-

6 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 246 y ss.

7 Albert, Richard, "The Theory and Doctrine of Unconstitutional Amendments in Canada", *Queen's law Journal*, 2016, pp. 43-46.

conocimiento de una convención constitucional. En ese sentido, dicho autor pone como ejemplo el caso de la participación de los representantes de todos los territorios de Canadá en el caso de una reforma constitucional, dado que la norma constitucional no hace referencia a estos. Sin embargo, su participación ha sido constante. Por ende, una reforma constitucional no debería excluirlos de participar en el proceso de reforma o en un referéndum.

El tercer supuesto es el de la inconstitucionalidad por implicación. Esta se da cuando la presunta reforma trata de ir contra los valores de la Constitución.

2.7. ¿Cabe un control de una mutación constitucional en sede jurisdiccional?

La mutación constitucional es un fenómeno relativamente poco estudiado en la doctrina. En principio, este fenómeno de reforma no formal de la Constitución supone básicamente el cambio del sentido interpretativo de sus artículos sin tener que realizar cambios al texto constitucional. En ese escenario, conviene señalar si existen límites a la mutación constitucional, los cuales permiten su control jurisdiccional, el cual se canalizará a través de los procesos constitucionales previstos en cada ordenamiento jurídico en particular.

En ese sentido, coincido con Hsu Dau Lin cuando considera que la mutación en sentido material es la que realmente plantea problemas esenciales. Uno de los límites a esa mutación constitucional sería el de la forma de Estado. Sobre el particular, el autor antes citado indica que no es posible que esta sea una respuesta contundente, debido a que en su opinión es imposible determinar el concepto forma de Estado.

Por otra parte, importante es anotar que también se considera a la revolución como límite de la mutación constitucional. En ese sentido, se decanta por señalar que las revoluciones trazan la distinción entre lo dinámico y lo elástico. Sin embargo, hay quienes como Hsu Dau Lin que alegan que en su opinión nor-

malmente la revolución no llega a destruir el sistema jurídico;[8] aseveración que muchos discuten.

Por otra parte, conviene señalar que, de acuerdo a lo señalado por Heller, el concepto de Constitución trae consigo las nociones de normalidad y normatividad. En ese sentido, el límite a la reforma constitucional se daría cuando la normatividad se encuentre en entredicho con la normalidad. Finalmente, no debe perderse de vista lo señalado por autores como Konrad Hesse, para quién el único límite a la mutación constitucional debe ser el mismo texto de la Constitución, el cual no puede ser subvertido.[9]

2.8 Anotaciones sobre los límites a la reforma constitucional, parámetros que luego habilitan la revisión jurisdiccional de estas reformas

Como bien puede apreciarse luego de todo lo expuesto hasta aquí, el poder de reforma admite una serie de límites, y por ende, resulta una actividad pasible de control bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional, básicamente a través de los diferentes procesos constitucionales previstos en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Ese control puede sustentarse en materias de procedimiento (cumplimiento de los procedimientos y las competencias de los organismos constitucionalmente establecidos para el desarrollo de determinada actividad) como en función a cuestiones de contenido. Ahora bien, justo es anotar que el reconocimiento de esa capacidad contralora no se ha plasmado con facilidad en los diferentes Estados, y cuando se han ejercido estas labores de control en sede jurisdiccional, no siempre ello se ha hecho con los mismos alcances. Resulta entonces interesante apreciar como se ha ido materializando o no esta capacidad revisora, tarea a la cual pasaremos de inmediato.

---

8 Dau Lin, Hsu, *Mutación constitucional*, IVAP, Oñati, 1998, pp. 179-181.

9 Hesse, Konrad, *Estudios sobre Derecho Constitucional*, trad., de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982, p. 91.

III. Evolución del control jurisdiccional a la reforma constitucional en algunos Estados en particular

3.1 El control jurisdiccional de constitucionalidad de la reforma constitucional en los Estados Unidos de América

Sobre el particular, esta tendencia nace de manera tímida en el caso *Hollingsworth vs. Virginia* en Estados Unidos de América. Allí se cuestionaban vicios "de forma" (en la configuración de la decisión) al acto de reforma, por no contener la ratificación del presidente, lo cual era un requisito indispensable para la aprobación de la reforma. En el caso, la Corte Suprema de Estados Unidos se decanta por no estimar la pretensión del demandante, sin embargo, no utiliza la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables para declarar su falta de competencia para conocer de estos asuntos.

Otro caso que merece la pena resaltar es el *leading case Hawke vs. Smith*. En este caso se discutía si un Estado podía someter a referéndum una enmienda constitucional que impedía la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes dentro de los Estados Unidos. En ese sentido, la Corte Suprema señaló que el procedimiento de tres legislaturas para la aprobación de la enmienda constitucional es una potestad construida por el pueblo y delegada al Congreso. En ese tenor, no se podía permitir que bajo otros procedimientos se cuestione la eficacia de dicha norma. Además, se alega que esta potestad no es un acto legislativo. Por ende, la Corte Suprema no podría arrogarse la potestad para revisar dicha enmienda.

Hasta este punto podemos apreciar que la Corte Suprema de Estados Unidos señalaba que no tenía la competencia para poder revisar las enmiendas constitucionales, entendiendo que estas eran cuestiones políticas no justiciables.

Posteriormente, se presentó el caso *Dillon vs. Gloss*. En este caso el objeto de la impugnación era la inaplicación de la *Volstead Act*, la ley que prohibía el transporte y la fabricación de bebidas embriagantes. Bajo el régimen de dicha Ley, el señor Dillon se

encontraba bajo custodia por el transporte de bebidas alcohólicas. Por ese motivo se recurrió a la vía del *habeas corpus*. Se cuestionó entonces la referida enmienda constitucional por las siguientes consideraciones:

a) la enmienda es inválida porque la resolución del Congreso proponía que esta sería inoperante a menos que fuera ratificada en siete años, y
b) la *Volstead Act* (Ley Volstead) y, por ende, la disposición de la *Volstead Act* con la que se acusó a Dilllon no estaba en vigor al momento del arresto.

Finalmente, se presentó el caso *Miller vs. Coleman*. En este caso se cuestionaba la enmienda que permitía el trabajo infantil y su ratificación. Sobre el particular, un grupo minoritario de senadores recurrió al *writ of mandamus* para poder cuestionar dicha enmienda.[10]

3.2 El control jurisdiccional de la reforma constitucional en América Latina

3.2.1. La interpretación de la Corte Constitucional colombiana sobre el control a los actos de reforma constitucional

Si se hace una lectura más bien literal de la Constitución colombiana, solamente permitiría un control sobre el procedimiento a la reforma constitucional. Sin embargo, jurisprudencialmente se brinda una nueva interpretación sobre el particular.

Siguiendo a Bernal Pulido, se indica que la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado su doctrina con base en cinco premisas. La primera establece que el control de procedimientos

[10] Para una revisión de los casos de la jurisprudencia estadounidense sobre control a la reforma constitucional, véase Rodriguez Gaona, Roberto, "El control constitucional de la reforma a la Constitución", *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 35-50, sobre todo cuando se focaliza en los casos en los que se cuestionaba la decimoctava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

comprende también revisar la competencia de la autoridad que promueve la reforma. Segundo, el poder de reforma no implica el poder de reemplazar la Constitución, solo de modificarla. La tercera premisa deriva de la primera y la segunda, ya que postula la habilitación de la Corte Constitucional para controlar estas actividades, tanto a nivel de procedimientos como de contenido. Cuarto, se amerita un análisis de contenido, pues permite determinar si una constitución ha sido modificada o reemplazada. Finalmente, se concluye que el poder de revisar si la Constitución ha sido sustituida implica la competencia para la recisión del contenido de la reforma constitucional.

Esta construcción jurisprudencial trae, como bien anota el mismo Bernal Pulido, dos dilemas y un reto. El primer dilema consiste en justificar si la Corte tiene la competencia para determinar si la Constitución ha sido modificada o reemplazada. Bernal advierte que este asunto es importante en el escenario colombiano toda vez que en el texto constitucional de dicho país no existen cláusulas eternas o cláusulas de intangibilidad expresas como el caso del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn.

El segundo dilema que enfrenta esta construcción propuesta por la Corte Constitucional colombiana es la indeterminación de la expresión "reemplaza a la Constitución". Aun habiendo insumos para definir este concepto, no existen elementos para poder determinar cuándo una reforma constitucional supone la sustitución de la Constitución.

Finalmente, el reto propuesto estriba en determina si la corte tiene el poder para revisar si la constitución ha sido modificada o sustituida.[11]

Posteriormente, la Corte Constitucional ha brindado nuevos elementos para poder determinar el caso de la sustitución constitucional. Así, siguiendo a Bernal, se tiene sobre el control de la reforma: *1)* establecer cuál es el elemento esencial que está en juego; *2)* explicar porque el elemento es esencial; *3)* proveer

[11] Para mayor información véase Bernal Pulido, Carlos, "Unconstitutional constitutional amendments in case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *Oxford University Press and New York University of Law*, 2013, pp. 340-341.

elementos para determinar que dicho elemento no puede ser reducido únicamente a una cláusula constitucional; *4)* demostrar que ese carácter esencial no supone que la cláusula sea eterna; *5)* probar que el elemento esencial está siendo sustituido por uno nuevo, y *6)* explicar que este nuevo cambio es diferente o contradice las cláusulas constitucionales.[12] Ahora bien, y sobre el particular, justo es anotar que existen serios problemas para identificar cuando se presenta la cláusula esencial mencionada en el test esbozado por la Corte Constitucional.[13]

3.2.2 El control de constitucionalidad del poder de reforma en México

La jurisprudencia mexicana ha variado en el tiempo. Sobre el particular, se tiene la PJ/ 39/2002, que en su momento consideró a la reforma constitucional como una cuestión política no justiciable. Sin embargo, años después, el máximo Tribunal mexicano, además de exigir respeto al procedimiento de reforma, se reconoce que no existe norma que impida la procedencia del amparo contra reformas constitucionales.

3.2.3 El control jurisdiccional de constitucionalidad de las reformas en Argentina

En primer término, la Corte Suprema de la Nación de Argentina (CSJN) declaró que no poseía competencias jurisdiccionales, tal como lo declara en el considerando 3 y 4 de la sentencia emitida en el caso *Soria de Guerrero vs. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos*.

Muchos años después, en el caso *Fayt*, la CSJN habilitó el control de constitucionalidad de la ley que modificaba la Constitución, dado que contravenía el procedimiento estipulado para que la reforma constitucional se ejerza válidamente.

12 *Ibidem*, p. 344

13 *Op. cit.*, *loc. cit.*

En ese proceso, el entonces juez de la Corte Suprema Carlos Santiago Fayt sostenía que la ley de reforma constitucional de 1994 vulneraba su derecho a la inamovilidad de su cargo como juez, contemplado en el artículo 99, inciso 4, de la Constitución argentina, y que él, habiendo cumplido con los requisitos de procedimiento establecidos al momento de asumir el cargo, no podía ser despojado de dicho puesto.

En primer lugar, cabe resaltar que la CSJN declaró que tendría competencia cuando se verificase una infracción a los límites de dicha reforma;

> En suma, incluso en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ramas del gobierno, el Tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevado a cabo dentro de los límites de esta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del Tribunal encargado —por mandato de aquella— de preservar la supremacía de la Ley Fundamental.[14]

En ese mismo sentido, y ya en el considerando 7 de la referida sentencia, la CSJN señala que el ejercicio de la reforma constitucional debe responder al marco para el cual este fue habilitado y no puede exceder dicho límite, indicado que se debería respetar la convención convocada al efecto, en la cual se determinarían las cláusulas constitucionales que son susceptibles de reforma Finalmente, en el considerando 14, el máximo Tribunal de justicia argentino sostuvo la irrazonabilidad de la reforma constitucional bajo el argumento que presentamos a continuación:

> Que no puede razonablemente admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, a saber, la intervención del señor presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales —art. 99, inciso 4,

[14] CSJN, Caso *Carlos Santiago Fayt*, cdo. 5.

> de la Constitución reformada- materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5, del texto anterior, había sido incluido en el art. 2, inciso a, de la ley 24.309—, la convención reformadora incorpore una cláusula nítidamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el Tribunal, antes que de un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes (Fallos: 319:24).

Sobre el particular, debemos comentar que en este caso la CSJN optó por controlar la ley de reforma constitucional y, por ende declararla nula. Una solución distinta se daría en la jurisprudencia peruana.

3.2.4. El caso peruano

i) Lo resuelto a propósito de la demanda de inconstitucionalidad contra la ley 27600

En Perú, en primer, lugar, el Tribunal Constitucional señaló que el poder de reforma se encuentra limitado, dado que es un poder constituido, tal como lo expresa en la STC 014-2002-AI/TC:

> 35. El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que esta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado.
>
> 69. El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse

válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo.

ii) Lo resuelto en la STC 050-2004-AI /TC, en la demanda interpuesta contra el "documento denominado Constitución de 1993"

Sobre el particular, luego de la caída del régimen de Fujimori, se promovió una demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993, calificándola como un texto espúreo. Esta demanda mereció algunas interesantes consideraciones por parte del Tribunal Constitucional peruano. Sin embargo, por razones de espacio, nos limitaremos a analizar la pretensión principal de dicha demanda de inconstitucionalidad, referida a cuestionar la constitucionalidad de la Constitución peruana del año 1993.

Sobre este punto en particular, el Tribunal concluyó que no tenía la competencia de declarar la inconstitucionalidad de dicho texto. Entre los argumentos que le permiten llegar a esa conclusión se encuentra aquel por el cual se señala que, de darse un fallo estimatorio, este sería inconstitucional, dado que estaría reconociendo que el ejercicio de potestades del Tribunal Constitucional resulta inconstitucional así como todas las instituciones que se reconocen. Además, alegan que no se podría ejercer control mediante una demanda de inconstitucionalidad, dado que dicha norma se ejerce contra normas legales y la Constitución de 1993 no es una ley, sino la ley suprema del Estado, con base en las siguientes consideraciones:

a) por un lado, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, al ser un acto procesal que ponga fin a un proceso creado y regulado por la misma Constitución de 1993, tendría que forzosamente también considerarse como inconstitucional. Es decir, se trataría de una sentencia dictada en el seno de un proceso, en sí mismo, inconstitucional, y

b) por otra parte, inconstitucional también sería el pronunciamiento efectuado por este Colegiado, pues si se declarase la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, con dicha de-

claración de invalidez se declararía la inconstitucionalidad del mismo Tribunal Constitucional. Y es que nos encontraríamos frente a un pronunciamiento que habría emanado de un órgano —este Tribunal Constitucional— que, al haber sido creado por la Constitución de 1993, también sería inconstitucional.

3.2.4.1 Reflexiones sobre lo resuelto en el caso peruano

En mérito a la jurisprudencia comentada, cabe señalar que el Tribunal Constitucional peruano ha admitido la posibilidad de controlar la reforma de la Constitución en función a límites procedimentales, competenciales o materiales. Es más, en Perú se ha admitido la posibilidad de la reforma total de la Constitución (modificaciones radicales en la configuración de su sistema político o su sistema de derechos, sin necesidad de un nuevo acto constitucional) a partir de la sentencia 14-2002-AI/TC, como se desprende de lo previsto en sus fundamentos 9, 81, 82 y 83. Sin embargo, en los hechos sus miembros de las anteriores composiciones del Tribunal Constitucional peruano han sido reacios a ejercer dicho control, y no se nos ha presentado la posibilidad. La "constitucionalización de la política" sin duda ha avanzado, aunque en algunos casos ese avance ha tenido un cariz más bien declarativo.

IV. Anotaciones a modo de conclusión

La dinámica social y política existente en toda sociedad es cambiante. Muchas veces esa dinámica obliga a realizar interpretaciones heterodoxas pero admisibles del texto constitucional. Sin embargo, en algunos casos, la magnitud de los cambios a procesar es tal que hace necesario introducir modificaciones al texto constitucional vigente. Pasamos entonces al ejercicio del denominado poder de reforma.

En alguna época, el ejercicio de este poder de reforma constitucional, reservado a órganos de naturaleza política, no podía ser controlado en sede jurisdiccional. Esto, sin embargo, es una negación de aspectos centrales de todo Estado Constitucional que

se precie de serlo como el de la limitación del poder, o de la solución en sede jurisdiccional de los más importantes problemas políticos, económicos o sociales en una sociedad determinada. Es por ello que, en una dinámica propia de la "constitucionalización de la política", hoy primero se ha ido reconociendo la existencia de límites al poder de reforma constitucional y, luego, con base en esos límites, se ha ido cada vez más consolidando más la posibilidad de control en sede jurisdiccional el ejercicio del poder de reforma.

Cierto es que los factores que han justificado esta capacidad contralora han variado en situaciones específicas producidas en diferentes países. Es más, justo es anotar que en algunos casos el reconocimiento de esta capacidad contralora ha tenido un carácter más bien declarativo. Sin embargo, el balance de lo ocurrido es más bien positivo. No se niega entonces la conveniencia y hasta la necesidad de poder plantear reformas a cualquier texto constitucional, pero se aclara que estamos ante una potestad cuyo ejercicio se encuentra sometido a límites y a controles, muchos de ellos ejercidos en sede jurisdiccional básicamente a través de los diferentes procesos constitucionales existentes en cada ordenamiento jurídico estatal en particular. De allí la importancia de tener presente la información que este texto siquiera muy sintéticamente ha buscado reseñar.

Bibliografía

Albert, Richard, "The Theory and Doctrine of Unconstitutional Amendments in Canada", *Queen's law Journal*, 2016.

Bernal Pulido, Carlos, "Unconstitutional constitutional amendments in case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *Oxford University Press and New York University of Law,* 2013.

Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997.

Dau Lin, Hsu, *Mutación constitucional*, Oñati, IVAP, 1998.

Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

Guastini, Riccardo, *Estudios sobre teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontamara, 2001.

Hesse, Konrad, *Estudios sobre Derecho Constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1982.

Rodriguez Gaona, Roberto, "EL control constitucional de la reforma a la Constitución", *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, Dykinson, Madrid, 2006.

Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Ciudad de México, Fontamara, 1997.

Sagués, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

——, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

Vanossi, Jorge Reynaldo, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

Wright, R. George, "Could a Constitutional Amendment be Unconstitutional?", *Loyola University Law School*, vol. 22, 1991.

Reforma y cambio constitucional como instrumento para la autoconservación de las élites

*Gorki Gonzales Mantilla**

Sumario: Presentación. I. Muchas constituciones en medio de una débil constitucionalidad: el poder de las élites y la exclusión de las mayorías. II. El colonialismo como estructura institucional durante la república. III. Colonialidad del poder y la paradoja del cambio constitucional. IV. La emergencia de los derechos constitucionales indígenas y la organización política: construyendo sobre arena movediza. V. Reflexión final. Bibliografía

Presentación

En esta intervención pretendo formular algunas consideraciones sobre el significado de la reforma constitucional en el Perú. Me refiero al procedimiento propio de los ordenamientos constitucionales rígidos, para adecuar el orden instituido a las necesidades de autoconservación social y estabilidad política. Sin embargo, también pretendo incorporar en este mismo análisis los procesos de reformas extremas o cambios de constitución. Am-

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, *Magister* en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Programa en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina de la PUCP.

bos aspectos son parte de la misma realidad cultural y no pueden ser valorados al margen de ella. Este enfoque es particularmente relevante para el caso de América Latina.

Estos procesos tienen que ver, entonces, con el significado que la Constitución misma ha tenido en su proceso de evolución histórica, con las dificultades, tensiones y asimetrías que ha tenido que enfrentar. Son las repercusiones de este fenómeno en el tiempo, las que propician y exigen la reforma de la Constitución.

Conforme a lo señalado, propondré algunas líneas de reflexión sobre el cambio y la reforma como instrumentos que recogen las expectativas y contradicciones presentes al interior de las sociedades. Se trata de reconocer, en ambos casos, algo más que procedimientos para modificar, suprimir o derogar disposiciones normativas del texto constitucional.

También es necesario valorar para el caso peruano, los desafíos de la historia reciente, sobre todo en las últimas décadas, donde la reforma —incluido el cambio— constitucional ha tenido impactos decisivos en sentidos diversos. A propósito de esto, se abren aún mayores desafíos que deberán ser confrontados a través de nuevas transformaciones y reformas. De esta manera, resulta imprescindible señalar las razones que han pesado para llegar al punto de inflexión que reclama la reforma en algunos casos y que desacelera el rumbo hacia ella en otros.

I. Muchas constituciones en medio de una débil constitucionalidad: el poder de las élites y la exclusión de las mayorías

Las razones que justifican los cambios y reformas constitucionales están asociadas a los problemas o anomalías que la práctica constitucional ha tenido que enfrentar en su evolución. Este punto es crucial para responder a la pregunta sobre el objeto de la reforma en cada caso. Su configuración o diseño formal no logra representar las razones que la motivan y, por ello, aunque esto se valore como lo más relevante, el proceso político es clave

para entender el significado jurídico y *contractualizador* que la reforma implica en los hechos.[1]

Una primera pregunta tiene que ver, por lo tanto, con las razones que han permitido la existencia de un número considerable de constituciones y, por lo tanto, muchos procesos de reforma y cambio constitucional. Este fenómeno encierra una paradoja: la reforma se presenta como si fuera una cuenta por saldar que no termina nunca, derechos y condiciones para su ejercicio, que no se realizan y que justifican la reforma siguiente. Sin embargo, la historia de este proceso muestra que, en el fondo, se trata de un pretexto que ha funcionado favorablemente para mantener el estado de cosas.[2]

Si por Constitución debemos entender el ordenamiento general que sirve para regular las relaciones sociales y políticas,[3] la permanente ruptura de este orden es un indicador del desequilibrio constante de la vida social y el ejercicio del poder. Así han sido las cosas en el Perú y eso explica también que hasta hace pocas décadas la mayor parte de nuestros países estuviera signada por los golpes de Estado sucedidos por regímenes dictatoriales y autoritarios o, en el mejor de los casos, por democracias precarias. La baja densidad constitucional de los procesos republica-

---

1 La reforma constitucional y lo que ella produce se proyecta, también, en los términos del contrato social, como la metáfora fundadora de la realidad social y política de la modernidad occidental: sus criterios de inclusión/exclusión dan legitimidad a las interacciones económicas, políticas, sociales y culturales. Véase Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas, Mauricio, "Colombia: el revés del contrato social de la modernidad", *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2001, p. 13.

2 El amplio número de constituciones es evidente en el caso de países como Bolivia que presenta 19 textos constitucionales; Ecuador con 20; Colombia tiene 10; Perú cuenta con 12. Antes de llegar a la llamada Constitución Bolivariana de 1999, Venezuela ha tenido una larga lista de constituciones (alrededor de 26) aunque solo algunas de ellas ofrecen cambios sustantivos. En el caso de Argentina, luego de la Constitución de 1853 y sin mencionar el estatuto temporario de 1972, ofrece hasta cinco reformas importantes y una de ellas, en 1949, tuvo un carácter total. Por su lado, Brasil cuenta con 8 constituciones.

3 Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días,* Madrid, Trotta, 2001, p. 11.

nos está en la base de aquella realidad y en el caso peruano esto es notable.

Las constituciones que emergen de los procesos de emancipación en las primeras décadas del siglo XIX llevan consigo la influencia de un constitucionalismo que prioriza las libertades individuales y un sentido formal de la igualdad.[4] Por efecto de lo anterior, se acentúa la libertad de los que se encuentran en aptitud para ejercerla y la desigualdad real de las mayorías sociales. El régimen virreinal no se quedaba entonces en el pasado y el itinerario republicano seguirá marcado, en mayor o menor medida, por esa impronta. En esta realidad se identifican y acrecientan las desigualdades y la ausencia de justicia social: su reflejo son las diferencias culturales y étnicas no reconocidas ni valoradas, la exclusión como práctica social e institucional y el abuso del poder de los sectores económicamente más fuertes en alianza con las fuerzas armadas e incluso con la Iglesia Católica.[5]

[4] Desde el Estatuto Provisional del 8 de octubre de 1821, dictado por el general José de San Martín, las libertades aparecen como prioridad del orden constitucional. La igualdad es un complemento formal sin repercusión en la realidad. El art. 1 de la sección octava del Estatuto de 1821 establece: "Todo ciudadano tiene igual derecho a conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad, su propiedad y su existencia y no podrá ser privado de ninguno de estos derechos, sino por el pronunciamiento de la autoridad competente, dado conforme a las leyes [...]". En una línea semejante, en las Bases de la Constitución de 1822 del 19 de diciembre de 1822 se señala que la Constitución debe proteger "[...] 1.- La libertad de los ciudadanos [...]" y también la "[...] La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue." En forma contradictoria, la configuración de este escenario admite, en los términos de la Constitución de 1823, que para ser ciudadano se requiera tener propiedad o ejercer alguna profesión o arte con título público u ocuparse en alguna industria, sin sujeción a otro en calidad de sirviente o jornalero. También se exige saber leer y escribir, aunque esta condición "[...] no se exigirá hasta después del año de 1840" (art. 17). De esto modo, el modelo constitucional en sus orígenes niega la ciudadana a los grandes conglomerados sociales del país y funciona, entonces, como categoría de exclusión social. Por lo tanto, la igualdad es solo una expresión formal sin referente ni contenido posible.

[5] No llama la atención el carácter confesional que las constituciones del siglo XIX atribuyen al Estado y que en forma abierta se extiende hasta la Constitución de 1920. Desde el Estatuto Provisional de octubre de 1821 y en las constituciones de 1823, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1865 y 1920

Esta realidad, se entiende, por ello, como una geopolítica constitucional, una forma concreta de ser del ordenamiento que reutiliza los presupuestos fundantes del constitucionalismo moderno. La reforma constitucional funciona, en este caso, como un instrumento que usa la precariedad del sistema social, cultural, político y económico para legitimarse y legitimar la autoconservación de poder de las élites y sus aliados en cada lugar. Al final este es el significado que adquiere la denominada Constitución histórica.

II. El colonialismo como estructura institucional durante la república

La independencia no sirvió para superar estas condiciones, porque además de producir su desvinculación del poder de la Corona Española, en todo lo demás se mantuvo una estructura de dominación extraña al significado de una república.[6] Así fue en lo económico, donde el virreinato fue reemplazado por la hegemonía de Inglaterra, con todas las implicancias que este hecho produjo.[7] En lo social, las desigualdades y la exclusión de las poblaciones originarias formaron parte de una estructura que se mantuvo intacta e incluso empeoró:[8] la prolongación de la esclavitud y la restauración del tributo indígena, hasta bien entrado el siglo XIX, son pruebas elocuentes de lo dicho.[9]

---

se advierte la cláusula que establece que "La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la religión del Estado [...]" o bien, que "La nación profesa la religión católica". En un extremo, la Constitución de 1823 llega a establecer que "La religión de la República es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra".

6 Abugattas, Juan, "El Perú y los retos del entorno mundial", *Desde el límite. Perú reflexiones desde el umbral de una nueva época*, Lima, IDS, 1992, p. 82.

7 Flores Galindo, Alberto *et al.*, "Oligarquía y capital comercial en el sur peruano (1870-1930)", *Oligarquía y capital comercial en el sur peruano. Debates en sociología*, núm. 3, 1978, pp. 53-75, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6800*

8 Abugattas, Juan, *op. cit.*, p. 82.

9 Es una demostración relevante de esta realidad el discurso del constitucionalismo del siglo XIX en la voz de uno de sus representantes más impor-

Se trata de una forma de colonialismo que se mantuvo y prolongó en los hechos. Una fórmula que lleva consigo los moldes estamentales del virreinato en la organización social y que, desde los inicios de la república, arrastra la opacidad de los privilegios en la base de los derechos subjetivos.

Este colonialismo ha servido como una estrategia para organizar y dirigir el poder.[10] Desde la clasificación social proveniente de las diferencias entre conquistadores y conquistados, cuyo origen fenotípico pronto terminó atribuido a diferencias de carácter biológico, hasta las formas de control sobre la fuerza laboral de los conquistados, de sus recursos y productos.[11] Ambos factores fueron usados en forma articulada para construir el modelo de economía que sirvió de estructura al sistema social. Y así se pudo expandir a través de los intersticios y debilidades de las instituciones republicanas.

Este fenómeno, entendido como colonialidad del poder[12] se ha mantenido hasta nuestros días. Sus fuentes directas han variado o se han matizado, pero la estrategia continúa. Aspectos básicos como la identidad cultural y étnica, el ejercicio de la propiedad, de los territorios y los recursos naturales, la imposición de políticas educativas no bilingües, la ausencia de políticas de salud respetando la diversidad, las barreras para el acceso a la justicia,

---

tantes, Toribio Pacheco. En los términos de este jurista: "Se proclamó la independencia y los que, pocos momentos antes habían sido súbditos [...] de la España, se hallaron como por encanto [...] entregados asimismo a sus pasiones, ¿qué decimos? a las pasiones de algunos ambiciosos sin principios, sin patriotismo, sin virtudes, que no tenían ningún conocimiento de las cosas ni de los hombres de su época, asustados con la enormidad del peso se habían echado a cuestas y que, cuando llegó el momento de organizar la nueva sociedad, se convirtieron en plagiarios de instituciones exóticas, porque ellos por sí nada podían producir". Véase Pacheco, Toribio, *Cuestiones constitucionales,* Lima, Separata de Ius et Praxis, núm. 14, 1989, pp. 236-237.

10 Véase Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", *Cuestiones y horizontes. De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires, CLACSO, 2014, p. 781.

11 *Ibidem*, p. 779.

12 *Idem*.

entre otros, son el resultado de una visión geocultural ajena a las realidades de los países de la región.

Más aún, la colonialidad del poder se ha expandido con fuerza en nuestros países gracias al impacto de la globalización de las últimas décadas. Las instituciones republicanas y las prácticas que les han dado vida, gracias al proceso globalizador, han servido como soporte para ampliar y justificar las enormes brechas sociales y asimetrías constitucionales que definen las realidades de nuestros países.[13]

La globalización, en muchos casos, ha servido como acelerador de los procesos económicos que han contribuido a erosionar y desaparecer hasta los vestigios de las culturas originarias. El punto de referencia de las políticas del derecho usadas para este propósito, provienen de una visión colonial del poder.

Asimismo, la colonialidad del poder está presente en el desequilibrio entre los grupos sociales y el ejercicio del poder: ha permitido que las brechas de exclusión y desigualdad social se prolonguen y profundicen, pero también ha justificado que el poder sea ejercido por élites sucesoras del poder virreinal a lo largo de la república, incluso hasta nuestros días.

III. Colonialidad del poder y la paradoja del cambio constitucional

Es aquí cuando aparecen las primeras reformas y cambios constitucionales, nominalmente como manifestaciones tendientes a mejorar o restablecer la relación entre el orden social y la legitimidad del orden político. Sin embargo, surge la paradoja que cuestiona este significado. Las reformas y cambios pasan a ser un instrumento útil para adecuar el orden y las relaciones existentes a las necesidades de autoconservación de las élites que están en la posición de imponer su poder.

[13] Al respecto, el profesor Quijano ha dicho que: "La globalización en curso es, en primer término, la culminación de un proceso que comenzó con la constitución de América y la del capitalismo colonial / moderno y eurocentrado como un nuevo patrón de poder mundial [...]". *Ibidem*, p. 777.

En lugar de ser un instrumento para corregir las distancias sociales y optimizar la legitimidad del orden constitucional, la reforma y, en su caso, el cambio de Constitución, sirven para refrescar el *establishment*. Por eso, el carácter técnico del procedimiento de la reforma aparece con tanto énfasis, opacando quizás la complejidad de los problemas sustantivos que son materia de la reforma misma.

Esta paradoja define el sentido de los cambios constitucionales, sobre todo en las constituciones del siglo xix, pero se mantiene en el tiempo durante las primeras constituciones del siglo xx. Una tendencia que no será alterada ni siquiera por la influencia del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, cuyo referente es la Constitución de Querétaro de 1917.

Los cambios que la Constitución de Querétaro introdujo responden a urgentes reivindicaciones sociales y económicas en América Latina. Aquí se cuentan el derecho al trabajo, a la sindicalización, a la previsión social, a la educación laica en todos los niveles, la prohibición de monopolios y los derechos de consumidores, la regulación en el ejercicio de la propiedad y eliminación del latifundio. La premisa de estos cambios radica en el imperativo de lo social como equilibro de las libertades individuales, lo social como expresión del valor que adquiere la comunidad respecto del orden político, como el logro del bien común y recordatorio del significado de la noción de república: para ello eran necesarias las acciones que permitieran una eficaz reforma del *status quo*[14] desde el plano constitucional.

Este discurso no tendrá un correlato semejante en las reformas ni en la realidad que se abrió paso con las constituciones de 1920 o 1933 en Perú. Las resistencias del poder oligárquico se muestran en múltiples escenarios. Uno de ellos es la permanencia del catolicismo como religión oficial de la nación y el Estado.

[14] Hernández Valle, Rubén, "La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

La idea se mantiene en ambas constituciones, aunque con más intensidad en la primera. En el fondo, se trata de una asociación entre el poder político y la necesidad de contar con un factor de legitimidad para su ejercicio; por otro lado, el vínculo con la religión expresa también la permanencia del poder de las élites económicas, católicas por antonomasia en el Perú. La relación entre la religión y el Estado las involucra, las blinda y funciona como red para articular sus propios intereses.

La precariedad institucional del Estado es otra pieza reconocible de este modelo político. Los grupos de poder, las oligarquías propietarias del país, se sienten más cómodas con un Estado débil y ausente. Los negocios, la explotación de los recursos naturales, el abuso sobre las comunidades originarias, campesinos y obreros, resultan más eficaces cuando el Estado deja hacer y no tiene capacidad para controlar. Entonces, estos poderes se convierten en sus aliados para su propia sobrevivencia, incluso más allá de los calendarios electorales o por encima de las urnas.

Los reconocimientos sociales que se observan tenuemente en estas décadas son un resultado de la tensión entre las presiones sociales y la necesidad de mantener el orden. Esto resulta claro en un discurso previo a las elecciones de 1956 del presidente Bustamante y Rivero, considerado uno de los políticos más representativos de los valores democráticos en el siglo XX. Para Bustamante y Rivero el estado de cosas en el país aconsejaba iniciar una campaña nacional para reformar todo el Estado: la vivienda, la alimentación, la rehabilitación del indio, la reforma agraria, la supresión de los impuestos directos y la descentralización. Este discurso no esconde, sin embargo, la resistencia de las mentalidades de la dominación. Bustamante y Rivero denuncia como inexcusable el no afrontar el problema del indio "si queremos ahorrarnos el sonrojo de ser compelidos a ello por las presiones humanizantes del mundo exterior o por el despertar de los instintos dormidos de la raza".[15] Más aún, advierte que la situación del país en esta materia obliga a hacendados y patronos a "[...] ceder magnánimamente, en aras de una evolución cuerda,

[15] Bustamante y Rivero, José Luis, *Mensaje al Peru. Perú: estructura social,* Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 1994, p. 178.

una parte de las posiciones adquiridas, antes que perderlas todas bajo un incontrolable estallido de violencia.[16]

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas que empieza a aparecer en estos ordenamientos constitucionales, junto a otros derechos vinculados a lo social, irán de la mano con las políticas que mantienen los latifundios, las grandes haciendas, la explotación de los campesinos que vivían en condiciones de servidumbre. Los gobiernos que se suceden entre democracias precarias, dictaduras y autoritarismos —aunque admitan algunas reformas parciales— las mantendrán en el gesto, quizás invariablemente. En la realidad, ellos actúan como nexo con el poder de las oligarquías en lugar de honrar su compromiso con la sociedad, así como con los grupos más vulnerables y desaventajados.

El problema de la tierra tiene su expresión política con la exigencia de la reforma agraria y es un ejemplo nítido de esta paradoja. Aún para 1965 se calcula que solo "El dos por ciento de la población posee el noventa por ciento de la tierra en el Perú".[17] En consecuencia, son menos de "[...] mil las familias que, en verdad, son propietarias de este país que cuenta con más de diez millones de habitantes".[18] Esa realidad define el espacio institucional y se expresa en "[...] la miseria de la población rural [...]"[19] que no es otra que la formada por los campesinos de la sierra y la costa del país.

La realidad descrita grafica uno de los momentos más críticos del país y refleja las respuestas institucionales que se habían dado en este sentido. Años antes, durante el gobierno del presidente Manuel Prado, a menos de dos semanas de asumir el poder el 10 de agosto de 1956, se creó la Comisión para la Reforma Agraria y la Vivienda, y se nombró a Pedro Beltrán como su presidente.

16 *Ibidem*, p. 182.

17 Mac-Lean y Estenós, Roberto, "La reforma agraria en el Perú", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 27, núm. 1, mayo de 2020, pp. 15-71, *http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/58542/51739*

18 *Idem*.

19 *Idem*.

Nada menos que el director del diario *La Prensa*, hacendado y representante de los grupos oligárquicos del país. Junto a él estuvieron otros latifundistas, así como representantes de la Compañía Grace y la Sociedad Nacional Agraria.[20] Los resultados del trabajo que esta Comisión llevó a cabo están a la vista diez años después.

Todas estas contradicciones y fracturas en el orden constitucional han sido encubiertas por la teoría constitucional tradicional. Esta ha buscado representar la dinámica de la Constitución a partir de los textos normativos, ajena a los fenómenos sociales y políticos, configurando una forma de constitucionalismo de baja intensidad.[21] Este enfoque ha usado la exégesis y otras formas afines de razonamiento formalista, para interpretar y explicar la Constitución.

Ciertamente un rasgo adicional de las reformas de la primera fase constitucional es la ausencia de deliberación ciudadana. Los sistemas de partidos aparecen recién a mediados del siglo XIX[22] y su presencia en los procesos políticos será muy lenta. Las élites oligárquicas son las que marcan el destino de las instituciones políticas a su favor. Son democracias de baja intensidad, aristocráticas, pues en sus diseños y conformación no participan las mayorías. Los excluidos son muchos: las poblaciones originarias y afrodescendientes, los no propietarios, las mujeres, los que no tienen trabajo conocido, los iletrados, los que realizan trabajo de servicio doméstico.

La desigualdad heredada y la exclusión son realidades que afectan todas las instituciones. Esta es la marca final del proceso republicano hasta bien entrado el siglo XX. Reformar las constituciones resultaba, por todo ello, parte de un mismo proceso. Los cambios propuestos estaban pensados para consolidar el poder

---

20 Chirinos Almanza, Alfonso, "La reforma agraria peruana", *Nueva Sociedad*, Lima, núm. 21, noviembre-diciembre de 1975, pp. 47-64.

21 Gonzales Mantilla, Gorki, "La consulta previa para repensar la teoría constitucional", (*Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais)*. en Romboli, Roberto y Labanca, Marcelo (eds.), *Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti Fondamentali*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.

22 En el caso peruano esta tendencia se identifica hacia fines de la primera mitad del siglo XIX. Véase Távara, Santiago, *Historia de los partidos,* Lima, Editorial Huascarán, 1951.

de las élites y sus alianzas. Excluir a las mayorías en la deliberación de este proceso era la condición para lograr este propósito. Esta pauta mantiene la desigualdad estructural atribuida a las poblaciones originarias que se gestó antes de la república, pero que se abrió paso en esta, gracias al sistema económico en curso. Esa misma desigualdad estructural fue usada para colocar a las poblaciones aborígenes en una posición intermedia de humanidad, para someterlos a condiciones de semiesclavitud: en la república cambiaron algunas denominaciones jurídicas, ya no se hablaba de minoría de edad o miserabilidad del indio, tampoco de ociosidad natural, pero en los hechos las condiciones fueron peores.[23]

Por lo demás, la deliberación democrática es un procedimiento que exige condiciones de igualdad material.[24] Resulta ingenuo suponer que estas comunidades, desprovistas de derechos y negadas en su identidad cultural, tuvieran un espacio legítimo para participar en la discusión del cambio o la reforma constitucional. Tales procesos tenían ya un derrotero construido a partir de trasplantes normativos con un discurso que mostró un enorme desdén por la realidad como punto de referencia. Una visión que buscaba, en todo caso, imponer realidades paralelas a fin de encausar los intereses de las élites y grupos de poder. Esta visión se mantuvo en forma dominante hasta fines de la década de los sesenta y se reflejará recién en la Constitución de 1979.

IV. La emergencia de los derechos constitucionales indígenas y la organización política: construyendo sobre arena movediza

Los procesos de cambio y reforma constitucional de las últimas décadas forman parte de un escenario de crisis institucional

[23] Gonzales Mantilla, Gorki, "La miserabilidad del indio en el siglo XV", *THĒMIS-Revista de Derecho*, Lima, núm. 34, 1996, p. 297, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11852*

[24] La instauración de un nuevo "contrato social" incluye necesariamente las nociones de igualdad y diferencia, por lo tanto, de igualdad material. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado,* CLACSO, 2006, p. 39.

complejo y sostenido. Un primer momento esta delineado por la crisis del poder oligárquico hacia fines de los sesenta, así como por el impacto de la dictadura militar con las reformas y contra reformas que llevó consigo hasta fines de la década siguiente.[25] La reivindicación republicana de las poblaciones originarias empieza a ver la luz con la reforma agraria, iniciada, paradójicamente, con el régimen militar en 1969, pero se neutraliza durante la segunda fase de este periodo.

Luego, en los ochenta, la crisis económica, la corrupción del Gobierno y una de las más ineficientes gestiones políticas de nuestra historia, insuflaron la devastadora presencia de Sendero Luminoso. Escaso significado tuvo, por ello, la Constitución de 1979. La novedad de los derechos fundamentales y la renaciente institucionalidad democrática no pudo lucirse y sucumbió en el siguiente acto del proceso político: el golpe de Estado del presidente Fujimori como suma de todas las crisis anteriores, y cuyo efecto está presente en la Constitución de 1993.

Esta última se produjo sin cauces de legitimidad. No hubo Asamblea Constituyente que la respaldara y en su lugar, la fuerza de los hechos le abrió paso a un anómalo Congreso Constituyente Democrático. Esta Constitución fue un pretexto para sanear las primeras heridas del régimen y enfrentar las críticas internas e internacionales al golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

El ciclo que vino a continuación representa una mezcla de elementos abiertamente desconstitucionalizadores: el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, por ejemplo, son parte de este momento que explica su accidentada trayectoria. Ambas instituciones se inauguraron con competencias más ambiciosas que las previstas en la Constitución de 1979, sin embargo, el régimen busco intervenir en su actuación desde un primer momento. Lo mismo ocurrió en otros ámbitos de la vida pública: el ministerio público, el poder judicial, el Jurado Nacional de Elecciones, y aunque la arremetida fue puesta al descubierto, las instituciones agredidas fueron profundamente afectadas.

[25] Matos Mar, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1984.

La política y el quehacer político fueron dañados al alejarse de los valores republicanos. En este periodo se configuran las bases de una cultura que auspicia la extinción de los partidos tradicionales y su conversión en organizaciones vinculadas o dependientes de grupos de intereses privados e incluso a organizaciones criminales.

En los años posteriores al régimen autoritario de los noventa, la dinámica constitucional ha buscado poner en práctica algunos de los cambios introducidos por la Constitución de 1993. Sin embargo, los grandes problemas de desigualdad y discriminación que vienen desde los orígenes de la república no han sido resueltos e incluso se han agudizado con el devenir constitucional y las directrices económicas que la propia Constitución del 93 ha delineado.[26]

Como se ha dicho, los cambios que se introducen desde el constitucionalismo social de Querétaro se encuentran con un terreno inhóspito, con enormes extensiones de arena movediza. La historia constitucional del siglo XX es un recordatorio permanente de este hecho. Y esta es una condición de la realidad constitucional, un reflejo del ejercicio del poder, de los intereses que protegía, del modelo liberal conservador que le precede e impide que toda posibilidad de cambio se desarrolle, sino para legitimarse en el tiempo y sin afectar las viejas estructuras.[27]

---

[26] Aunque la Constitución de 1993 reconoce el pluralismo económico (art. 60), existe un predominio delineado desde el propio texto en favor de la actividad empresarial que ubica al Estado en una situación inerme para cumplir su función pública, pues le atribuyen una posición subsidiaria de la actividad empresarial (art. 60). Más aún, en la Constitución no se prohíben los monopolios ni las posiciones dominantes o monopólicas, sino el abuso en el ejercicio de estas. La Constitución establece que mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente (art. 63).

[27] A contracorriente de la opinión general, las constituciones peruanas influenciadas por la de Querétaro no llevaron a la práctica sus lineamientos. De hecho, normas como la Ley de Conscripción Vial, al amparo de la Constitución de 1920, atentaron contra derechos indígenas. El constitucionalismo social implica una redefinición de las estructuras democráticas, tarea que nunca fue enfrentada por el Gobierno en turno. Véase Paniagua Corazao, Valentín, en su disertación pronunciada por el académico doctor,

Todo ello explica que el programa de derechos de las comunidades originarias que la Constitución de 1993 trae consigo, no ha sido capaz de resistir la pugna con el poder de las transnacionales. Incluso la consulta previa hoy extendida, salvo en casos muy definidos, no deja de tener un valor simbólico.[28] Más aún, en algunos supuestos, esta conquista de los pueblos originarios sobre sus territorios, su identidad cultural y el buen vivir, ha sido usada para legitimar la fuerza de la globalización económica y la hegemonía de las grandes multinacionales.[29] Estas conquistas se vuelven precarias al formar parte de estructuras que no dejan de ser herederas de una tradición legal de poder colonial: una mezcla que se ha gestado en los procesos de reforma y cambio constitu-

---

con motivo de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho, en sesión pública del 10 de marzo de 2003, *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2002-2003-Gaceta Jurídica,* Lima, 2004, pp. 21-38. "Disertación pronunciada por el académico doctor con motivo de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho", en la sesión pública de 10 de marzo de 2003. Lima, Perú. En Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2002-2003. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2004, pp. 21-38.

28 Un claro ejemplo de ese carácter es el caso Lotes Petroleros de Perupetro S.A. y Pluspetrol: "En 2013, la empresa anunció que 26 lotes estarían sujetos a consulta. En enero de 2014, Perupetro declaró la finalización del primer proceso de consulta exitoso sobre el lote 169, en la región Ucayali, que involucró a los pueblos Asháninka, Ashéninka, Amahuaca y Yaminahua. Por tratarse de un lote de hidrocarburos, la responsabilidad de la consulta la tuvo Perupetro, con la asistencia técnica del viceministerio de Interculturalidad. Tres meses después de culminado el proceso, los representantes indígenas señalaban que [...] no les había quedado claro qué es lo que se les ha consultado [...], la consulta ha sido un fracaso" Sin embargo, las obras continuaron sin observación de las agencias estatales encargadas de velar por la idoneidad del proceso de consulta. Véase Sanborn, Cynthia y Paredes, Álvaro, "Consulta previa: Perú", *Americas Quarterly*, p. 13. Véase también Servindi, *http://www.servindi.org/actualidad/103391*

29 Estas asimetrías han sido también el punto de referencia de las relaciones institucionales y en los patrones que rigen el ordenamiento social en el Perú. Forman parte de un proceso político desprovisto de consensos reales, que alberga intereses contrapuestos en las distintas esferas de la vida social y cultural, a través de un marco institucional impuesto en forma arbitraria a las mayorías del país desde los orígenes de la república. Véase Gonzales Mantilla, Gorki, *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 25.

cional en cuyos referentes prevalecen los diseños eurocéntricos, sin siquiera entender las realidades a las que estos pertenecen.

El cambio que trajo la Constitución de 1993 en la organización política del Estado ha desestructurado la representación política del Parlamento, no solo como resultado de convertirlo en una Cámara única, sino también por la ausencia de una articulación hacia las ciudades y regiones del país. Por estas y otras razones, el Parlamento ha perdido representatividad formal y en lo sustancial está completamente lejos de entender y representar los intereses de las regiones del país.

En esta realidad las élites económicas y los viejos grupos de poder han mantenido su capacidad de imponer el sentido del orden. Y el constitucionalismo que se desprende del programa de derechos de la Constitución de 1993 apenas ha servido para relajar las tensiones sociales. Los poderes económicos, con sus aliados en la política, han impedido que los derechos sociales y el Estado constitucional se realicen.

Otros cambios constitucionales menos transformadores que, en forma paralela, se han venido produciendo en otros países de la región, demuestran la persistencia en el error. Estos defectos muestran, en otras facetas, la introducción de reformas que han fracasado en países de Latinoamérica. Algunas reformas electorales, judiciales y previsionales en materia constitucional, por ejemplo, se hicieron sin entender el contexto y las lecciones aprendidas en nuestros propios países. Se copiaron como trasplantes forzados y erráticos.[30] Sin embargo, esto también es parte

[30] Solo para recordar un caso ilustrativo, el art. 19, núm. 18 de la Constitución chilena de 1980 señala: "El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de *quórum* calificado [...] La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias [...] El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social". Tal fórmula fue recogida en nuestro texto constitucional de 1993: "Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento". Este modelo dio lugar a la creación y expansión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs) en Chile con su

de la prolongación de las estructuras del poder tradicional, de la cultura jurídica y política que atrapa las claves de las reformas y cambios constitucionales para evitar que tengan algún significado en la realidad.

V. Reflexión final

Reformas hegemonizadas por ideales y diseños eurocéntricos terminaron por enlazarse a compromisos más conscientes y comprometidos con la realidad que, sin embargo, no saben cómo hacer para romper con la anterior tradición y terminan por subordinarse a sus consecuencias.

Esto es lo que ha pasado con los procesos de cambio y reforma constitucional en el Perú. Y aquí se entiende que el procedimiento agravado que requiere la reforma, así como los derechos constitucionales para garantizar sus límites, no son un debate que pueda hacerse sin valorar la realidad del poder y su estructura colonial. Por esa razón, insistir en la comprensión del problema a partir de un enfoque formal y puramente procedimental solo traerá un círculo vicioso como consecuencia.

El gran desafío para emprender un camino transformador debe comenzar por iniciar un proceso que enfrente la influencia del poder colonial. Depende de la capacidad para hacer que la fuerza de la Constitución material de nuestro país se abra paso reflejando lo que somos, nuestros ideales y nuestra historia. Este sentido concreto ha estado ausente a lo largo de toda la historia republicana.

---

réplica en Perú. En Chile se ha reconocido la crisis del sistema y la necesidad de su reforma radical. En nuestro país, el tiempo ha demostrado que estas entidades no son capaces de brindar pensiones, y que las cantidades irrisorias que entregan a los jubilados pensionistas solo favorecen sus propios millonarios negocios. Hasta la fecha, el gobierno se niega a enfrentar el problema, siguiendo el propio ejemplo chileno, seguramente presionado por el poder económico de las mismas AFPs. Véase la nota sobre el caso chileno y la crisis del sistema privado de pensiones en el Perú, en Gonzales Mantilla, Gorki, "La reforma en Chile: el espejo incómodo", *La República*, 21 de noviembre de 2019.

En su recorrido las reformas constitucionales no expresan una consciencia definida sobre los cambios que deben producirse, sus prioridades ni las estrategias para lograrlos. Las reformas están fuertemente atravesadas por desacuerdos profundos en la necesidad misma del cambio. Estos desacuerdos son los que parecen imponerse en forma inevitable sobre el resultado, anulándolo, como si esa fuera una estrategia del poder colonial.

Una correcta interpretación de las reformas y sus posibilidades implica entender el carácter integral, la realidad histórica y el futuro que definen el sentido de la Constitución. Por lo tanto, un cambio siempre traerá alguna incidencia en otras áreas no consideradas por la reforma y producirá cuando menos un impacto. Es necesario tener presente que las reformas no deben producirse sin antes haber definido el núcleo del orden constitucional: los derechos sociales que no se excluyen con los derechos individuales y que, más bien, se incorporan como factores centrales de nuestra vida republicana; el énfasis pluricultural del país, más allá de las comunidades y pueblos originarios; la organización del poder, que hace posible la participación y representación de todos los grupos sociales y comunidades en las decisiones públicas; la redefinición del ejercicio del poder desde la capital como rezago del poder colonial en los tiempos de la Corona Española; la recomposición del Parlamento bicameral y sus relaciones con el ejecutivo,[31] pero también la necesidad de reformar el sistema judicial para acercar la justicia a la ciudadanía.

Esa debe ser la base del núcleo normativo de nuestra Constitución hacia el futuro, en confrontación con los modelos normativos y principios existentes.[32] Al final de todo, la Constitución importa por su relación con la realidad social para transformarla en bien de la comunidad y sus miembros. Y las reformas constitucionales deben servir para lograr ese objetivo.

---

31 Gargarella, Roberto, "La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 258, julio–agosto de 2015, p. 106, *https://nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/*

32 Bilchitz, David, "El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica", en Bonilla, Daniel, *Constitucionalismo del sur global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015, p. 61.

Bibliografía

Abugattas, Juan, "El Perú y los retos del entorno mundial", *Desde el límite. Perú reflexiones desde el umbral de una nueva época,* Lima, IDS, 1992.

Bilchitz, David, "El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica", en Bonilla, Daniel, *Constitucionalismo del sur global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015.

Bustamante y Rivero, José Luis, *Mensaje al Perú. Perú: estructura social,* Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 1994.

Chirinos Almanza, Alfonso, "La Reforma Agraria peruana", *Nueva Sociedad,* Lima, núm. 21, noviembre-diciembre de 1975.

Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días,* Madrid, Trotta, 2001.

Flores Galindo, Alberto; O. plaza y Oré, M., "Oligarquía y capital comercial en el sur peruano (1870-1930)", *Oligarquía y capital comercial en el sur peruano. Debates en Sociología*, 1978, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6800*

Gargarella, Roberto, "La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 258, julio–agosto de 2015, *https://nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/*

Gonzales Mantilla, Gorki, "La consulta previa para repensar la teoría constitucional", en Romboli, Roberto y Labanca, Marcelo (eds.), *Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti Fondamentali*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.

——, "La miserabilidad del indio en el siglo XV", *THĒMIS-Revista de Derecho*, Lima, núm. 34, 1996, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11852*

——, *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

Hernández Valle, Rubén, "La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Mac-Lean y Estenós, Roberto, "La Reforma Agraria en el Perú", *Revista Mexicana de Sociología*, [S.l.], v. 27, núm. 1, mayo de 2020, *http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/58542/51739*

Matos Mar, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1984.

Pacheco, Toribio, *Cuestiones constitucionales,* Lima, Separata de Ius et Praxis, núm. 14, 1989.

Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder,* Buenos Aires, CLACSO, 2014.

Sanborn, Cynthia y Paredes, Álvaro, "Consulta previa: Perú", *Americas Quarterly.*

Sousa Santos, Boaventura de, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado,* CLACSO, 2006.

—— y García Villegas, Mauricio, "Colombia: el revés del contrato social de la modernidad", *El caleidoscopio de las justicias en Colombia,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2001.

Távara, Santiago *Historia de los partidos,* Lima, Editorial Huascarán, 1951.

La revisión (cambios) de la Constitución en Venezuela y los derechos fundamentales. La garantía del procedimiento "agravado"

Luis Alberto Petit Guerra

Sumario: I. Introito. II. Precisiones terminológicas y contextuales. III. El desvío —y el abuso— de las formas para la revisión constitucional. IV. Conclusiones preliminares: derechos fundamentales como límites a la revisión constitucional y demás elementos sustanciales de la propia Constitución de 1999. Bibliografía.

I. Introito

La temática que se aborda en la última mesa del Curso de Alta Formación (2020) tiene unas claras implicaciones en el entorno latinoamericano donde las pretendidas maniobras de las élites políticas se manifiestan en la práctica a través de forzados cambios constitucionales (más allá de cambios cosméticos). Vale decir, que la existencia de los procedimientos "agravados", en muchos casos de nuestras "democracias", no ha sido real "garantía" de permanencia constitucional, allí donde los derechos fundamentales surgen como verdaderos límites. En el caso de Venezuela, son patentes las consecuencias de llevar a cabo determinadas reformas constitucionales sin cumplir —*o manipulando*— las regulaciones constitucionales del llamado procedimiento agravado; sobre todo cuando el poder político dominante —somete

la composición de la justicia constitucional— para facilitar que cualquier reforma al texto constitucional sea llevada a cabo sin "impedimentos" y sin "límites".

II. Precisiones terminológicas y contextuales

La anterior *Constitución de 1961* regulaba los tipos de cambios del texto constitucional bajo las figuras de "enmienda" (art. 245) y "reforma general" (art. 246), cuyas iniciativas correspondían a determinados órganos de legitimación democrática, *i)* en cuanto al poder legislativo nacional en un sistema bicameral —diputados y senadores— (Congreso), y *ii)* en cuanto poder legislativo regional de una sola Cámara —de diputados— (asambleas legislativas regionales). Pero una sostenida crisis de los partidos políticos y en general deslegitimación del sistema democrático (40 años de bipartidismo) llevó a un "inédito" proceso de cambio constitucional que conllevó la celebración de una Asamblea Nacional Constituyente.[1] Es decir, sin que la Constitución de 1961 contemplara esta forma de cambio constitucional, un nuevo grupo político presentó una demanda colectiva para que la antigua Corte Suprema de Justicia (CSJ) —en sentencia de 19 de enero de 1999 en Sala Político Administrativo (SPA)— admitiera la "convocatoria" para consultar al pueblo acerca de la celebración de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC). En ese momento, al "cerrarse" las vías políticas por los distintos órganos del *status quo,* si bien estuvimos de acuerdo con el criterio sostenido por parte de la SPA mediante la sentencia que da "impulso" (al permitir la consulta al pueblo sobre si estaba de acuerdo o no con el llamamiento a una Asamblea Constituyente), también afirmamos que no obstante aquella buena intención, *el resultado fue mucho peor en el ya malogrado sistema democrático anterior*.[2] Debemos destacar sin embargo, que al menos en el plano formal —inicialmente— dicha ANC (1999) tuvo legitimación de origen, cuando le fue consultado al

[1] Brewer-Carias, Allan, *La Constitución de 1999,* Caracas, Editorial Arte, 2000, p. 29.

[2] Petit Guerra, Luis, "Garantismo y activismo. ¿Contrarios o complementarios?", en *Derecho procesal constitucional*, Colombia, VC editores, 2011, t. II, vol. I, pp. 321 y 322.

pueblo (mediante referéndum a través del voto popular) *i)* para aprobar tanto el llamado a la consulta para celebrar el proceso de iniciar la ANC y escoger la lista de miembros o constituyentes, *ii)* para aprobar asimismo, el propio —y nuevo— texto constitucional surgido del proceso constituyente (*Gaceta Oficial Extraordinaria*, núm. 36.860, de 30 de diciembre de 1999).

Respeto a la temática en estudio, debemos subrayar que la aprobación de la *nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999* (CRBV), entre otras cosas, *i)* incluyó la cláusula Estado social de derecho y de justicia (art. 2), *ii)* eliminó la bicameralidad del poder legislativo nacional por solo una Cámara —cambió la noción Congreso por Asamblea Nacional, que es donde reside el Parlamento—, *iii)* introdujo sustanciales cambios frente a los llamados procesos de revisión de la Constitución: *iii.a)* en materia de "enmiendas" —cambio de uno o varios preceptos no sustanciales—, artículos 340 y 341 CRBV;[3] *iii.b)* en materia de "reformas" —revisión parcial de la Constitución—, artículos 342-346 CRBV;[4] *iii.c)* en materia de "Asamblea Nacional Constituyente" —aprobación de nueva Constitución— artículos 347 a 350 CRBV.[5] Finalmente se introdujo *iv)* el referéndum popular como mecanismo de aprobación de materias de transcendencia, y *v)* se prefiere la utilización de derechos humanos que la noción derechos fundamentales.

---

[3] Art. 340. 1. CRBV: "La iniciativa podrá partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos y ciudadanas inscritas en el Registro Civil y Electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros [...]".

[4] Art. 342 CRBV: "La iniciativa de la Reforma de esta Constitución podrá tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten [...]".

[5] Art. 348 CRBV: "La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el registro civil y electoral [...]".

III. El desvío —y el abuso— de las formas para la revisión constitucional

Con el rompimiento del equilibrio institucional y la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al cambiarse la conformación de todas las salas, en especial la Sala Constitucional,[6] devino el uso y el abuso del poder político sin límites en materia de revisión constitucional negando la posibilidad de controlar los actos de reforma.[7] A pesar del (formal) procedimiento agravado para la reforma, consta que por "iniciativa" del presidente de la república —Hugo Chávez— se presentó una fraudulenta —por exceder los objetivos— en una primera reforma constitucional que en realidad *implicaba una nueva constitución*, que pretendía entre otras cosas, convertir a Venezuela en un Estado socialista, así como incluir el Estado comunal, asimismo, que introducía la (ansiada) figura la reelección indefinida presidencial.[8]

Es el caso, que consultada al pueblo por referéndum dicha "iniciativa" de reforma en su mayoría dijo "*NO*"[9] (2007). No obstante, el mismo presidente de la república mediante poder habilitante otorgado ilimitadamente por la Asamblea/Parlamento —en manos de su partido— introdujo y desarrolló por vía de *leyes habilitantes* la mayoría de las mismas materias pretendidas —que

---

6 Alvarado Andrade, Jesús, "Reflexiones sobre la justicia constitucional como función republicana. ¿Es la justicia constitucional en Venezuela un instrumento de la Democracia?", *Temas de derecho constitucional y administrativo. Libro homenaje a J. Calcaño de Temeltas,* Caracas, Ed. Funeda, 2010, p. 364.

7 Brewer-Carías, Allan, "El juez constitucional *vs.* la supremacía constitucional. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la 'reforma constitucional' sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007", *Revista de Derecho Público,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, núm. 112, 2007, pp. 661-694.

8 Art. 230 CRBV: "El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período".

9 Consejo Nacional Electoral, *http://www4.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_reforma/*

fueron ya negadas en el referéndum—[10], ello, sin ningún control de la justicia constitucional. Incluso, a finales de 2008, y no obstante que ninguna de las materias (negadas por referéndum podría volverse a proponer en el mismo período constitucional),[11] la Asamblea Nacional o Parlamento —en manos del partido de gobierno— tomó la iniciativa de presentar la "enmienda constitucional" del referido artículo 230 CRVB contentivo de la *reelección indefinida*, que fue sometida a referéndum aprobatorio al pueblo quien la aprobó por el voto popular (2009).[12]

Con el fallecimiento del presidente Chávez se hacen nuevas elecciones que gana Nicolás Maduro (2013) —en reñida votación (50.66 *vs*. 49.07%)—,[13] de la misma manera que el poder legislativo por vez primera pasa a ser dominado por la oposición con amplia mayoría (2015).[14] En medio de una grave crisis política, económica, social y humanitaria, que generó muchas protestas y manifestaciones en las calles y plazas, el Gobierno de Maduro, en primer lugar, autoriza un excesivo de uso de fuerzas policiales, militares —y hasta paramilitares compuesto por civiles "armados" llamados *Colectivos*— todo debidamente documentado por la ONU,[15] que conduce a cientos de muertes a población civil "desarmada", miles de personas arrestadas y sometidas a indebidos procesos mediante fiscales del ministerio público y jueces

---

10 Sobre este tema véase Hernández Camargo, Lolymar, "Límites del poder ejecutivo en el ejercicio de la habilitación legislativa: imposibilidad de establecer el contenido de la reforma constitucional rechazada vía habilitación legislativa", *Revista de Derecho Público,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, núm. 115 (Estudios sobre los Decretos Leyes), 2008, pp. 51 y ss.

11 Art. 345 CRBV: "[...] La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional".

12 Consejo Nacional Electoral, *http://www.cne.gov.ve/web/estadisticas/index_resultados_referendos.php*

13 Consejo Nacional Electoral, *http://www.cne.gob.ve/resultado_presidencial_2013/r/1/reg_000000.html?*

14 Consejo Nacional Electoral, *http://www.cne.gob.ve/resultado_asamblea2015/r/0/reg_000000.html?*

15 Oficina de Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), *https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S*

sin concursos —incluso civiles juzgados por tribunales militares—, persecuciones a la disidencia política, forzando exilios; y, en segundo lugar, pretende "resolver" dicha crisis convocando una (írrita) Asamblea Nacional sin la debida consulta al pueblo —si quería o no tal proceso constituyente—, sin participación de los partidos políticos; acto que culminó con la (sola) "elección" entre sus miembros de solo personas afectas al oficialismo con la misión de cambiar la Constitución vigente. Desde el punto de vista formal, sobran elementos para calificar tal llamamiento como fraudulento, pues el presidente de la república solo tiene la "iniciativa" (art. 348 CRBV) pero no tiene el poder de "convocatoria", ya que dicho poder solo tiene el pueblo (art. 347 CRBV), pero además desde el punto de vista del fondo, por ser violatorio a varios principios constitucionales de representación política, de pluralidad, del voto universal, del derecho a participar en los procesos electorales, etc. Con dicho ejemplo *se pone en evidencia las "diferencias" entre los distintos mecanismos de revisión total de la Constitución, entre: i) el proceso constituyente (legítimo y constitucional) "por iniciativa" de H. Chávez (1999) debidamente consultado al pueblo, y ii) el proceso (ilegítimo e inconstitucional) "convocado" por N. Maduro (2017) sin consultar al pueblo y sin tener facultad para ello*.

IV. Conclusiones preliminares: Derechos fundamentales como límites a la revisión constitucional y demás elementos sustanciales de la propia Constitución de 1999

No obstante que cuestionamos el proceso constituyente llevado a cabo por esta írrita y fraudulenta ANC,[16] sostenemos que sus actos por vía de consecuencia serán nulos. Sin embargo, en el supuesto de que extienda su abuso (ya que desde 2017 sigue ejerciendo sus funciones más allá del año previsto para dictar la nueva Cons-

[16] Ayala Corao, Carlos, "La constituyente de Maduro: Fraude constituyente y usurpación de la soberanía", *Revista Prodavinci,* vol. 1, núm. 29, 2017, *http://prodavinci.com/2017/07/03/actualidad/la-constituyente-de-maduro-fraude-constitucional-y-usurpacion-de-la-soberania-por-carlos-ayala-c/?output=pdf*

titución), en una hipotética "aprobación" de un texto político —cuyos debates son ausentes y donde no hay información pública sobre sus alcances—, *i)* sus *límites sustantivos* serán precisamente los derechos fundamentales previstos en la Constitución de 1999 que se pretende cambiar, así como los valores superiores y principios constitucionales (dignidad, pluralidad, democracia, derechos humanos, etc.); *ii)* sus *límites formales* será someter a consulta al pueblo en referéndum aprobatorio (debiendo establecerse las vías para que participen todos los venezolanos en el exilio —que superan los 4 millones de personas—[17] para validar del proceso y hacerlo "creíble", y *iii)* en sus *límites sustanciales*, la reserva dada al pueblo para desconocer todo régimen o autoridad que contraríe los valores y principios democráticos y derechos humanos, como lo dispone el artículo 350 CRBV: "El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, *desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos*" (la cursiva es nuestra).

Por último, y si en teoría, en una democracia como la de Venezuela, es —o debería ser— el Parlamento o Asamblea Nacional quien ejerce la representación de esa soberanía popular; hoy día, ese Parlamento de sobrada mayoría de la oposición *no puede ejercer su poder de control político ni legislativo frente a la fraudulenta revisión de la Constitución*, cuando ha sido "anulada" por: *i) actos de autoridad* (por sentencias de una Sala Constitucional al servicio de una ideología); *ii) actos de hecho* (negativa del Gobierno de entregarle fondos y costos económicos de mantenimiento en su presupuesto), y *iii) actos de fuerza* (mediante la violencia física sobre algunos de sus miembros, la persecución y hasta exilio, no obstante la inmunidad parlamentaria).

Como vemos, la materia de revisión constitucional en el caso venezolano, representa un claro ejemplo cuando el ejercicio del poder político rebasa los límites de la formalidad, por tanto, en este tipo de "democracias", poco importa la existencia de los

[17] Observatorio Venezolano de Emigración, Universidad Católica Andrés Bello, 2019, *https://www.observatoriovenezolanodemigracion.org/noticias/cifra-de-refugiados-y-emigrantes-venezolanos-en-el-mundo-alcanza-los-4-6-millones*

procesos agravados para la revisión de la Constitución, cuando los órganos que ejercen el poder electoral, ministerio público y la justicia constitucional están al servicio del gobierno —solo de una parcialidad o ideología— y no del pueblo en general —en un sentido de pluralidad—.

Bibliografía

Alvarado Andrade, Jesús, "Reflexiones sobre la justicia constitucional como función republicana. ¿Es la justicia constitucional en Venezuela un instrumento de la Democracia?", *Temas de derecho constitucional y administrativo. Libro homenaje a J. Calcaño de Temeltas,* Caracas, Ed. Funeda, 2010.

Ayala Corao, Carlos, "La constituyente de Maduro: Fraude constituyente y usurpación de la soberanía", *Revista Prodavinci,* vol. 1, núm. 29, 2017, *http://prodavinci.com/2017/07/03/actualidad/la-constituyente-de-maduro-fraude-constitucional-y-usurpacion-de-la-soberania-por-carlos-ayala-c/?output=pdf*

Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999,* Caracas, Editorial Arte, 2000.

——, "El juez constitucional *vs.* la supremacía constitucional. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la 'reforma constitucional' sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007", *Revista de Derecho Público,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, núm. 112, 2007.

Hernández Camargo, Lolymar, "Límites del poder ejecutivo en el ejercicio de la habilitación legislativa: imposibilidad de establecer el contenido de la reforma constitucional rechazada vía habilitación legislativa", *Revista de Derecho Público,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, núm. 115 (Estudios sobre los Decretos Leyes), 2008.

Petit Guerra, Luis, "Garantismo y activismo. ¿Contrarios o complementarios?", en *Derecho procesal constitucional*, Colombia, VC editores, 2011, t. II, vol. I.

Un repaso a los fundamentos del constitucionalismo de los derechos[1]

Miguel Revenga Sánchez

Sumario: I. El retorno del constitucionalismo. II. *Moral institucional* y paradigma constitucional

I. El retorno del constitucionalismo

En un trabajo publicado poco después de la conclusión del juicio de Núremberg, Herbert Wechsler terminaba su análisis de las decisiones allí adoptadas, rebatiendo el argumento de que el Tribunal formado por los aliados había administrado una justicia de vencedores y, por lo mismo, parcial e imbuida del deseo de aplicar una revancha política. Para el autor de la teoría de los "principios neutrales" en la interpretación del derecho constitucional, el juicio de Núremberg, aun en mayor medida que la Carta de San Francisco, había representado, por el contrario, la asunción solemne de una obligación: la de edificar un sistema de derecho justo, aplicable a todos y con instituciones lo suficientemente fuertes como para llevarlo a efecto. "Si culminamos

[1] Gracias a la amable invitación del profesor Roberto Romboli, doy aquí a la imprenta unas reflexiones que sirvieron de base para mi intervención en el Seminario Final (celebrado el 31 de enero de 2020) del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos. Están desarrolladas de manera más completa en mi libro *Derechos fundamentales y constitucionalismo*, Ciudad de México, Porrúa, 2014.

con éxito esa gran tarea, —concluía Wechsler— y ninguna nación puede hacerlo por sí sola, Núremberg pasará a la historia como la piedra angular de la casa de la paz. Pero si fracasamos, habremos de escuchar, de boca de la Alemania devastada, que el juicio de Núremberg ha sido un segundo trágala (*diktat*) como el de Versalles. Y me temo —añadía— que, no obstante la bondad de nuestras intenciones, nos habremos quedado faltos de respuesta."[2]

El sistema de derecho justo a escala planetaria, y la disposición de instituciones con efectiva capacidad de asegurar la salvaguarda del mismo, continúa siendo, al paso de los años, la gran utopía pendiente de realización. Pero, quizá por vez primera en la historia, aparecen ante nuestros ojos signos de una racionalidad global que pugna decididamente por avanzar en la única dirección compatible con el logro de dicho ideal utópico. El retorno del constitucionalismo tiene así lugar en condiciones muy distintas a las de la época de las revoluciones burguesas. No en el seno de unidades estatales cerradas y autorreferenciales, con escasa comunicación entre ellas, sino en un universo político comunicado e interdependiente, concienciado sobre su destino, y con posibilidad de expresarse como tal a través de organizaciones que pugnan por ser cada vez más operativas.

El viejo Estado-nación, surgido en el Renacimiento, está perdiendo, a ojos vista, su condición de referente único de la actividad política; y el constitucionalismo, como ideología de la libertad y emancipación de los seres humanos, afronta nuevos y apasionantes retos. Por lo pronto, el de eludir el riesgo de que lo que ha dado en llamarse *ideología de la Constitución* sea una mera cobertura en lo ideológico, y una mera formalización en lo jurídico, de un neoliberalismo trastocado en genuino "dios constitucional". La globalización no supone "el final de la historia" ni la plasmación del viejo mito redivivo del "reino feliz de los tiempos finales". Muy al contrario, es tarea del constitucionalismo, en la hora presente, reactivar en toda su potencia, y a la luz de la experiencia acumulada, el motor utópico que le impulsó a presentar como "verdades evidentes" los derechos del ser humano y a ins-

[2] Wechsler, Herbert, "The Issues of the Nuremberg Trial" (1946), recogido ahora en *Principles, Politics and Fundamental Law. Selected Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 1961, pp. 138 y ss.

cribir en sus señas de identidad el gran tríptico de ideales de la Revolución francesa: libertad-igualdad-fraternidad.

Si algún elemento común puede encontrarse en el constitucionalismo de la posguerra, tal es, sin lugar a dudas, la reconstrucción de la idea de Constitución en torno a un núcleo representado por la defensa de los derechos fundamentales y el principio democrático frente a la negación de ambos por los regímenes totalitarios del Eje. El antifascismo es el verdadero rasgo genético de un constitucionalismo *policy-oriented* (como cualquier otro), pero marcado antes por la terrible experiencia de los campos de concentración del nazismo, que por la impronta borrosa de las declaraciones de derechos de la "era de las revoluciones".

Un *ethos* combativo en defensa de democracia, una "cultura de los derechos fundamentales" exigía un nuevo lenguaje constitucional, una "lengua de los derechos" dispuesta para expresar, sobre bases nuevas, el potencial libertador del constitucionalismo, considerablemente menguado a lo largo del decurso histórico del Estado constitucional. El proceso de merma de dicho potencial, bajo el estatalismo de signo iuspositivista, culminó en su desactivación más burda, y eso precisamente allí, en la Alemania *weimaresa*, donde los presupuestos formales de la democracia liberal habían alcanzado su expresión más sofisticada, frente a la alternativa del bolchevismo. Pocos trabajos de teoría constitucional supieron ver con tanta lucidez lo que estaba acaeciendo, como el que escribiera Gerhard Leibholz en el fatídico año 1933, publicado con el significativo título *La disolución de la democracia liberal en Alemania y la forma de Estado autoritaria*. La tesis básica de dicho trabajo es que los valores, primero cristianos, y más tarde secularizados, que habían proveído a la democracia parlamentaria de los fundamentos conceptuales y metafísicos implícitos en ella, se habían visto sometidos a un progresivo proceso de relativización, que había acabado por privar a aquella de su propio mito y de su propia sustancia. En polémica con las concepciones de Kelsen, Leibholz denuncia los males del relativismo y del positivismo como factores que coadyuvan a la pérdida de un mínimo de referentes valorativos, situando al sistema democrático, a causa de su disposición sustancialmente neutral, "en actitud inerme y suicida frente los movimientos antiliberales y

antiparlamentarios". Sobre la base de la idea de que la asociación histórica entre democracia y liberalismo no tiene un carácter de necesidad ineluctable, Leibholz acabará propugnando para aquella una fundamentación específica en valores y creencias, sugerencia que hará plenamente suya la Ley Fundamental de 1949, con sus concepciones de democracia *militante* y democracia *de valores* (*streitbare Demokratie*, *Wehrhaftedemokratie*).

En la retroescena del constitucionalismo de nuestros días se encuentra la creencia en la superioridad ética de la democracia como forma de gobierno, una democracia definida no solo por la limpieza de las reglas procedimentales para la designación de los representantes, sino también, y sobre todo, por la fundamentación de todo el sistema sobre la premisa antropológico-cultural de la dignidad de la persona. Con el fin de salvaguardar dicha premisa, un constitucionalismo avisado, como el actual, ha acabado por conferir un sesgo radicalmente novedoso a técnicas jurídico-constitucionales que solo en parte pueden considerarse inéditas: unos valores y unos principios que se preconizan, unos derechos que se garantizan, y un diseño institucional y organizativo congruente con ambos.

Valores, derechos e instituciones —las tradicionales partes *dogmática* y *orgánica* del texto constitucional— se implican recíprocamente. Las solemnes proclamas dogmáticas, características de lo que hemos llamado el momento del auge constitucional, han sido sustituidas en el constitucionalismo de nuestros días por un lenguaje más sobrio, un lenguaje adecuado para expresar en términos normativos las grandes decisiones de principio, dotando de efectividad a un determinado orden axiológico o sistema de valores.

Tal *estimativa* constitucional viene emplazada allí donde se trata de establecer los fundamentos del sistema, con el preciso objetivo de situarla en disposición de ejercer un influjo irradiante sobre la totalidad del ordenamiento. Con respecto a este, la estimativa constitucional actúa, pues, como un gran parámetro que combina elementos de indeterminación y elementos de concreción; y es también una guía sugerente a cuya luz puede observarse el contenido de cualquier norma, con independencia de su rango, fundamentando un juicio de concordancia o de discordancia entre aquella estimativa y la norma en cuestión.

El derecho de la Constitución se plantea así como tarea el progreso de la tendencia a los valores o, dicho en otros términos, se erige en defensor del orden social de los valores.[3] La positivización de los principios y los derechos, junto a la consolidación del control de constitucionalidad de las leyes, como expedientes *nuevos* al servicio de ideales *viejos*, aunque actualizados y quizás cada vez más exigentes, han dado un giro considerable a los *topoi* propios del derecho constitucional.

II. *Moral institucional* y paradigma constitucional

El constitucionalismo de nuestros días replantea el *viejo* problema de las relaciones entre Constitución y sociedad sobre bases más sofisticadas de lo que lo hacía el constitucionalismo *mesiánico* de la era de las revoluciones. *Mesiánico* en el sentido de que fiaba su capacidad de influencia sobre las relaciones sociales en el mero hecho (taumatúrgico) de la existencia del documento. Por eso era un constitucionalismo de proclamas, de proclamas en su mayor parte no cumplidas. Por su parte, el constitucionalismo moderado que impera en la Europa del XIX, es un constitucionalismo desentendido de la sociedad, un constitucionalismo que arroja como resultado la glorificación del Estado, y el *blindaje* frente a la sociedad del ámbito de lo jurídico. En contraste, la relación entre Constitución y sociedad se plantea hoy (por decirlo con el término que tanto gusta utilizar a los anglosajones) como *feedback*, es decir, como una relación de *retroalimentación* o influencia recíproca, de manera que los enunciados sustanciales del texto constitucional se van llenando de significado mediante la implementación de los mismos por los agentes sociales y/u operadores jurídicos. Esto podría considerarse como algo ya contemplado en la teoría *smendiana* de la integración, o bien en la (por nosotros denostada) tesis de la Constitución material. Pero, como ocurre siempre que construimos teorías, son los matices lo que importan. No se trata de que la Constitución sea

[3] *Cfr., in extenso*, el trabajo pionero de Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y Política constitucionales*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984, *passim*.

lo que los jueces, o los legisladores, o los ciudadanos, o quienquiera que sea digan que es. El orden constitucional tampoco es un mero referente institucional dispuesto para incentivar los procesos de identificación de una sociedad consigo misma, ni se trata del resultado indeterminado, pero determinable, a través de la interrelación de las fuerzas políticas actuantes en un cierto tiempo.

La Constitución genuinamente democrática es, en nuestros días, una Constitución dirigente; dirigente no por la predeterminación rígida de objetivos políticos (lo que *puede* y, como muestra la experiencia de constituciones bien próximas a la nuestra, *suele*, abocar a un conflicto entre voluntad constituyente y voluntad de las mudables mayorías constituidas a lo largo del tiempo), sino dirigente en el sentido de dotada de efectividad normativa. Esta efectividad se alcanza a través del despliegue del proceso político de manera conforme a los cauces previstos en la Constitución (Constitución "de procedimientos"). Y *se conquista* mediante el proceso de adaptación jurídica (y la consecuente realización social) de las disposiciones sustanciales —valores, principios, derechos— de la Constitución.

La Constitución recoge enunciados normativos, cuyo grado de concreción varía en proporción inversa al margen de que dispone el legislador para objetivar tales enunciados. Y una vez objetivados, su proceso aplicativo se traduce en una subjetivización dialéctica de los mismos (confrontación aplicativa y, en su caso, jurisdiccional en sus distintos niveles, intra y supranacional), que contribuye decisivamente a precisar/concretar el contenido del enunciado constitucional.

Una regulación constitucional "lograda" será aquella, en suma, cuya elasticidad no vaya en menoscabo de su intensidad prescriptiva; o, dicho de otro modo, una Constitución que no llegue a ser percibida ni como una rémora, desde el punto de vista de la fluidez del cambio social, ni como la mera formalización, confusa y estéril, de una inaprensible realidad política. Tras la época de las grandes construcciones doctrinales, en la que la búsqueda de un concepto satisfactorio de Constitución se resolvía en la yuxtaposición de conceptos parciales, los constitucionalistas acusamos hoy mayores dosis de escepticismo teórico. El dere-

cho constitucional ha dejado de *atormentarse* con las recurrentes dualidades que le han acompañado siempre (lo formal-jurídico frente a lo real-social, el poder constituyente estático frente al poder constituido dinámico), de manera que parece haberse convertido, dicho sea sin matiz peyorativo alguno, en una ciencia mucho más práctica. Parafraseando a Konrad Hesse, podría decirse que no nos importa tanto *el concepto* como *la cualidad* de la Constitución.

El que la Constitución pueda desplegar sus cualidades es algo que está condicionado por el concepto que se sustente de la misma en el momento de establecer el texto, así como de la adecuación de este a las necesidades políticas y sociales, y su consiguiente capacidad para suscitar un pacto de acatamiento perdurable en el tiempo. En la misma medida en que la Constitución *constituye* a la sociedad, y se estabiliza como forma política de la unidad social, su efectividad demanda un *compromiso de reconocimiento*. Y de dicho compromiso, sustentado sobre un *ethos* constitucional ampliamente compartido y renovado de continuo, depende, en último extremo, la supervivencia de una Constitución que se asienta en la soberanía popular, axiológicamente fundada, y que se pretende normativa. En consonancia con ello se alzan aquellas teorías que defienden la incorporación a la Constitución de una moral bajo cuyo rasero resulta posible valorar lo acertado o desacertado de la hermenéutica constitucional; así ocurre con la teoría de la *moral institucional* formulada por Dworkin, y desarrollada, con matices diferenciales, por MacCormick. Dworkin insiste en el valor fundamental de unos derechos implícitos (*background rights*), que devienen operativos a través de su plasmación en una moral institucional:

> Nuestro sistema constitucional —resume Dworkin— se funda en una concreta teoría moral, señaladamente, en la idea de que los individuos son titulares de derechos morales frente al Estado. Las cláusulas difíciles de la declaración de derechos, como por ejemplo la del proceso debido, o la de la igual protección frente a la ley, han de ser así entendidas como una apelación a conceptos morales, antes que como la expresión de concepciones concretas; de ahí que cualquier tribunal que asuma la carga de aplicar tales cláusulas, extrayendo plenamente de ellas las consecuencias jurídicas, tiene que ser por fuerza un tribunal activista, en el sentido de que ha de

estar preparado para plantearse, y resolver, problemas de moralidad política.[4]

Cercanas a las premisas de Dworkin, aunque desde presupuestos rigurosamente positivistas, se hallan las ideas expuestas por Neil MacCormick, en diálogo con aquel: "Allí donde hay derecho constitucional —dice MacCormick— tiene que existir también teoría constitucional; y la teoría constitucional ha de basarse necesariamente en una visión del Estado constitucional como Estado que aspira a ser un ordenamiento moral".[5]

MacCormick se proclama heredero de una tradición doctrinal que explica la Constitución británica *al estilo Dworkin*; así, por ejemplo, Dicey y su exposición del sistema constitucional sobre la base de dos principios: la soberanía del Parlamento y la *rule of law*, de cuyo contenido son parte fundamental unos derechos que, conforme son interpretados y defendidos por los tribunales, son la fuente, y no la consecuencia, de la Constitución. Así también John Austin, para quien el derecho constitucional es, en gran medida, "moral positiva", asentada en costumbres y usos de cuya repetición mecánica depende la propia supervivencia de la Constitución.[6]

Se compartan o no las ideas de Dworkin sobre el peso de los derechos, sobre el juez *hercúleo*, o sobre la "única respuesta correcta", hoy está fuera de duda que la teoría jurídica tradicional hace aguas por todas partes a la hora de explicar el significado de la vinculación de los poderes públicos (y de los ciudadanos) a la Constitución. Hace años que éramos conscientes de que la ley —por decirlo coloquialmente— había dejado de ser lo que era. El ingreso en la "edad de la descodificación" había conllevado el final de los tiempos de la concordia entre la legalidad y

4 Dworkin, Ronald, *Taking rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 147.

5 MacCormick, N., "La morale istituzionale e la costituzione", en MacCormick, N. y Weinberger, O., *Il diritto come istituzione (a cura di Massimo La Torre)*, Bolonia, Seminario Giuridico della Università di Bologna, 1992, p. 213.

6 Austin, John, *The Province of Jurisprudence determined*, cap. VI, y su opúsculo de 1859, menos conocido, *Plea for the Constitution*; *cfr.* MacCormick, "La morale istituzionale..., *cit*.

la legitimidad, con la ley como zona de encuentro.[7] El derecho desordenado, incluso caótico en muchas de sus manifestaciones, resulta funcional a las necesidades de una sociedad compleja como la de nuestras (llamadas) democracias avanzadas, porque su *mitezza* (Zagrebelsky *dixit*), esto es, su elasticidad, su maleabilidad esencial, es precisamente la que permite el acuerdo de la gran mayoría sobre algunos principios básicos que subsisten y se refuerzan con el paso del tiempo. En tanto que sede donde tales principios aparecen objetivados, la Constitución deviene así un centro hacia el que todo converge, un "compromiso de la posibilidad", del que solo cabe predicar con carácter absoluto y, en tal sentido, soberano, "la doble exigencia de mantener el pluralismo de los valores (por lo que se refiere a su aspecto sustancial), así como el de asegurar la leal confrontación entre ellos (en lo que respecta a la vertiente procedimental)".[8] El autor italiano se refiere al derecho constitucional como un "conjunto de materiales de construcción" cuya combinación concreta, a los efectos de levantar el edificio, viene determinada por la política constitucional. Materiales de construcción, que no de derribo, pero que en cualquier caso parecen exigir un replanteamiento de categorías con las que seguimos empeñados en habérnoslas, aunque sea al precio de desconocer la realidad. En esa tarea, nadie está llamado a tener tanta responsabilidad como nosotros, los profesores, en nuestra condición de autores de doctrina; y especialmente los constitucionalistas, dadas las insuficiencias de que adolece la teoría constitucional que venía considerada hasta hace bien poco como dominante.

El constitucionalismo de nuestros días no necesita saldar cuentas ni con el iusnaturalismo, ni con el iuspositivismo. Dicho de manera sintética: si la *vexata quaestio* del constitucionalismo no ha sido otra, históricamente, que la del control del poder por el derecho, con una neta contraposición entre razón política y razón jurídica, la cuestión se nos presenta más bien en nuestros días como la de los controles recíprocos entre unos poderes, que

[7] Es inevitable la referencia a la obra, ya clásica, de Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.

[8] Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turín, Einaudi, 1992, p. 11.

son más, y de distinta naturaleza, que los tres tradicionales, y donde la razón constitucional, en cuyo nombre se disponen los controles, hace mucho más difusos los confines que delimitan la política y el derecho. Lo radicalmente nuevo no es que el texto de las constituciones haya acabado por incorporar prescripciones propias del derecho natural, sino la difusión de una idea que, hace bien poco tiempo, no habría sido admitida, al menos en términos generales: la de que no puede haber democracia sin Constitución normativa. Normativa significa dotada de medios para asegurar la sujeción a ella de poderes e individuos o, lo que es igual, con vocación de efectividad, por cuanto prevé la manera de reaccionar contra —e impedir la perpetuación de— lo opuesto a ella.

El constitucionalismo abomina tanto del subjetivismo iusnaturalista, como de la ciega objetividad del Estado legislativo de derecho. Su condición de tercero en discordia proviene, en definitiva, de lo que repudia, pero también de lo que toma de una y de otra forma de pensamiento jurídico. Si el positivismo *absolutiza* la ley, el constitucionalismo hace de ella algo problemático, aunque solo en aras de la supremacía de la Constitución, con su entramado de normas *positivas*, admite que pueda ser puesta en entredicho. Si el iusnaturalismo condiciona el *ser* de la norma a su correspondencia con el *deber ser* estatuido en un derecho natural cuyas prescripciones son abiertas e indeterminadas, el constitucionalismo delimita cuidadosamente el parámetro crítico, y además lo sitúa en el más alto nivel del derecho positivo.

Es esa escisión del orden jurídico positivo en dos niveles, ese "Derecho sobre el derecho", la que confiere a la Constitución (en palabras del Tribunal Constitucional español) el carácter de "norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico" (STC 9/1981, FJ 3). Y sobre la base de esa escisión se sustenta hoy también la idea del constitucionalismo como un pujante paradigma con capacidad para dar fundamento a la ciencia del derecho. Para Ferrajoli, la marca distintiva del Estado constitucional de nuestros días reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez de las normas no solo atañen a

su regularidad formal, sino también a su contenido sustancial, de donde extrae un decisivo distingo entre *vigencia* de la norma, referida al aspecto formal de la regularidad del acto normativo, y *validez* de la misma, centrada en la adecuación constitucional de su contenido.[9]

El paradigma constitucional produce además una relación de tipo circular entre la normatividad del derecho y una teoría jurídica que también aspira a ser normativa. Centro de atención de dicha teoría no es solo, en efecto, el derecho vigente, *conforme es*, sino que abarca, al mismo tiempo, un "modelo ideal": el proyecto de derecho inscrito en la Constitución, que actúa de referente crítico. Teoría jurídica y análisis *dogmático* —si es que este término sigue conviniendo a una teoría que ha dejado de plegarse sobre sí misma, renunciando a las viejas aspiraciones de "complitud", coherencia y sistematicidad— participan, pues, de una doble dimensión que ha acabado por fusionarse: *descriptiva* del ser del derecho, y *prescriptiva* en lo que tiene de juicio de conformidad con la justicia *rematerializada* del texto constitucional.[10]

Si empleamos la terminología anglosajona utilizada por un autor alemán, podríamos concluir afirmando que el derecho constitucional se nos aparece hoy como situado a medio camino entre un vaporoso *higher law,* de resonancias medievales, y un rastrero (por contingente e incondicionado) *statutory law* tan arcaico como el anterior.[11] Las disposiciones constitucionales son así el fundamento de todo el derecho, pero también *representan* la cima del espacio jurídico, si bien se trata no de una cima plegada sobre sí misma, sino de una cima abierta al influjo del derecho internacional de los derechos, en cuyo nombre incluso se nos aparece disponible para ceder espacios que hasta hace bien poco eran coto vedado de las soberanías estatales.

---

9 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 1989, cap. 13 y especialmente epígrafes 57 y 58.

10 Ferrajoli, Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, cap. IV ("La filosofia analitica e il paradigma costituzionale della scienza giuridica").

11 Denninger, E., "Constitutional Law between Statutory Law and Higher Law", en Pizzorusso, A. (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlín, Springer-Verlag, 1988, pp.103 y ss.

Bibliografía

Denninger, E., "Constitutional Law between Statutory Law and Higher Law", en Pizzorusso, A. (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlín, Springer-Verlag, 1988.

Dworkin, Ronald, *Taking rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

Ferrajoli, Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

——, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 1989.

Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.

Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y Política constitucionales*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984.

MacCormick, N., "La morale istituzionale e la costituzione", en MacCormick, N. y Weinberger, O., *Il diritto come istituzione* (a cura di Massimo La Torre), Bolonia, Seminario Giuridico della Università di Bologna, 1992.

Revenga Sánchez, Miguel, *Derechos fundamentales y constitucionalismo*, Ciudad de México, Porrúa, 2014.

Wechsler, Herbert, "The Issues of the Nuremberg Trial" (1946), en *Principles, Politics and Fundamental Law. Selected Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 1961.

Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Turín, Einaudi, 1992.

Derechos fundamentales y revisión de la Constitución*

Néstor Pedro Sagüés

Sumario: I. Introducción. La odisea de la revisión constitucional (enmienda, reforma, sustitución). II. Revisiones incrementadoras, reductoras o gatopardistas de derechos. III. La garantía del procedimiento agravado de revisión constitucional. IV. Los derechos fundamentales como límites a la revisión constitucional. V. Quién controla el respeto a los límites del constituyente, en materia de derechos fundamentales. VI. Falencias del control. VII. El referéndum constitucional como resguardo de los derechos. VIII. Recapitulación. Bibliografía.

I. Introducción. La odisea de la revisión constitucional (enmienda, reforma o sustitución)

Toda *enmienda*, *reforma* o *sustitución* de la Constitución (en sentido progresivo: cambios menores, importantes o reemplazo de la Constitución por otra distinta) importa un desafío generalmente importante, ya que implica modificar la ley fundamental de un Estado. De hecho, además, alguien va a ganar y alguien va a perder (a veces mucho) con esa transformación.

* El presente trabajo se inserta en el marco de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

El trámite de una revisión constitucional atraviesa en el derecho comparado distintas rutas. Las hay fáciles de recorrer, y muy frecuentadas. México, con sus más de 700 alteraciones sobre el texto de la Constitución de 1917,[1] es un ejemplo de Constitución flexible y harto enmendable. Argentina, con solamente cinco modificaciones actualmente vigentes desde que fue jurada en 1853, es el botón de muestra de una Constitución rígida, quizá semipétrea, cuyo sendero de cambio es largo y costoso (jurídica y políticamente), con etapas preconstituyentes (en el Congreso nacional) y constituyentes (en una asamblea o convención *ad hoc)*. Curiosamente, los dos modelos que mencionamos —tan distintos— parecen gozar, en sus respectivos ámbitos, de relativa y buena aceptación.

Históricamente, en el derecho comparado hubo revisiones constitucionales felices y desafortunadas. Algunas fueron poco significativas, pero otras cambiaron para siempre el destino de un país. En definitiva, hay mucho de aventura, de odisea, de esperanza y de riesgo en la azarosa empresa de la revisión constitucional.

En el presente artículo se procurará, primero, clasificar las revisiones constitucionales en función del desarrollo que hagan de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se evaluarán los trámites de cambio constitucional como mecanismos de protección de tales derechos y la concepción de estos mismos derechos como topes de una transformación constitucional. Finalmente, se determinará si la figura del referéndum constitucional también puede ser positiva para el resguardo de esos derechos.

II. Revisiones incrementadoras, reductoras y gatopardistas de derechos

Ciertas revisiones fortalecieron o incorporaron nuevos derechos, no siempre con claridad o prudencia. El otorgamiento desmesurado e irresponsable de derechos puede provocar, a la corta o a

[1] *Cfr.* Olvera Rangel, Sergio Charbel, *El control de la reforma de la constitución a través de la jurisdicción constitucional en México,* en prensa.

la larga, situaciones de frustración colectiva y de fraude constitucional, cuando el constituyente promete lo incumplible. En el otro extremo, hubo revisiones que negaron, restringieron o adulteraron derechos legítimos. En una situación intermedia, existen revisiones que simulan robustecer derechos, aunque en verdad los subordinan a la voluntad de los poderes constituidos. Desde esta perspectiva de análisis (esto es, desde el ángulo cuantitativo y cualitativo de los derechos), las revisiones constitucionales, por ende, pueden resultar *incrementadoras, reductoras* o *gatopardistas*.

Una emblemática muestra de reforma altamente "incrementadora" de derechos puede ser la ley fundamental de la Ciudad Autónoma de México (2017), con su listado —al decir de ciertas fuentes periodísticas— de más de trescientos cincuenta derechos. Reformas "reductoras" o enclaustradoras de derechos fueron, en su momento, las de 1980 de Chile y 1993 de Perú, la primera dentro de un esquema autoritario y la segunda impregnada de uno neoliberal (tampoco exento, en sus primeros tramos, de ingredientes autoritarios) que menguó los derechos sociales de la Constitución anterior, de 1979. A su turno, una revisión gatopardista de derechos la practica la reciente Constitución de Cuba de 2019, que, por un lado, amplía sensiblemente el catálogo de los derechos personales y sociales, pero por otro, de ordinario, subordina su robustez a lo que, en definitiva, disponga la ley (principio de "mediación de la ley", o de *legalización de la Constitución*), y todo bajo la égida de un partido único —el comunista— que es declarado por la Constitución como fuerza directriz de la sociedad.[2]

Hasta el momento nos hemos referido a las revisiones *formales* de la Constitución, realizadas por los órganos que ejerci-

[2] A título de muestra: el art. 96 determina que quien estuviere privado de libertad ilegalmente tiene derecho, por sí o a través de tercero, a establecer ante tribunal competente procedimiento de Habeas Corpus, "conforme a las exigencias establecidas en la ley". En definitiva, pues, la ley dispone cómo se ejercita el derecho constitucional de habeas corpus. Este proceso, por ende, concluye "legalizado". Con anterioridad, el art. 5ª declara al partido comunista de Cuba, "único", y "fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado".

tan oficialmente el poder constituyente. Bueno es advertir; sin embargo, que puede haber revisiones constitucionales también muy intensas practicadas por sujetos no habilitados explícitamente para implementarlas. En particular, me refiero a la judicatura constitucional, que a través de la "sobreinterpretación" y de las interpretaciones evolutivas, hiperevolutivas o mutativas (por adición, sustracción o mixtas), a menudo amplía el catálogo de los derechos constitucionales. Para ello, utiliza el argumento de enunciar derechos no enumerados o implícitos, algo contemplado por algunas cartas constitucionales; o de deducir derechos, que podríamos llamar "inferidos", de los derechos descriptos en el texto constitucional, o simplemente de la función judicial, vía interpretación dinámica, para actualizar contenidos normativos constitucionales, recurriendo incluso, si fuera necesario, a la doctrina de la "Constitución viviente" (*living constitution)*.[3] Casos como *Brown vs. Board of Education*, o *Lawrence vs. Texas*, por ejemplo, en Estados Unidos, son una buena muestra de esas revisiones constitucionales dispuestas por los jueces. Antes de ellos, la Constitución estadounidense decía una cosa; y después, otra.[4]

III. La garantía del procedimiento agravado de la revisión constitucional

Es frecuente que una revisión constitucional demande trámites complejos y mayorías calificadas. Es posible, también, que la Constitución impida las revisiones durante ciertos períodos o

[3] Por "sobreinterpretación", se entiende la interpretación extensiva de la Constitución, deduciendo de ella principios implícitos. *Cfr.* Comanducci, Paolo, "Formas de neoconsticionalismo: un análisis metateórico", en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 81. En cuanto a la doctrina de la interpretación mutativa, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada,* 2a. ed., 1a reimp., México, Porrúa, 2017, pp. 58 y ss. Sobre "Constitución viviente", derivamos a Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016, pp. 25 y ss.

[4] Para un análisis más detallado de *Lawrence vs. Texas* véase Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución..., cit.,* pp. 249 y ss.

(para siempre) respecto de ciertas cláusulas, concernientes, *verbi gratia*, a la forma de gobierno o a ciertos derechos. En esta última hipótesis aparecen las "cláusulas pétreas".[5]

La exigencia de procedimientos complejos y de mayorías calificadas procura que la revisión constitucional no sea producto de mayorías circunstanciales, sino fruto de un consenso amplio, y que no resulte apresurada o irreflexiva, sino la consecuencia de una meditación social serena y prudente. Indirectamente, esas trabas permiten que una minoría de cierta entidad ejercite una suerte de derecho de veto sobre el parecer de una mayoría simple.

A favor de estas precauciones puede decirse que un trámite complejo de revisión constitucional intenta, en un doble sentido: *a*) que la revisión constitucional no niegue ni desvirtúe fácilmente derechos preexistentes; *b*) que no incorpore derechos absurdos, irrazonables, sin mérito para figurar en la Constitución, o simplemente "imposibles" (que son los que no superan el *test de factibilidad*, y que, en cambio, son tributarios de la demagogia o del utopismo, consciente o subconsciente, del constituyente).[6] También trata de evitar la presencia de *contraderechos,* o derechos agresivos esgrimidos por algunos grupos que menguan los legítimos derechos de otros sectores de la sociedad, como los de libre circulación, de trabajar, de propiedad o de libre expresión.[7]

---

5 A solo título ejemplificativo, cabe mencionar el art. 290 de la Constitución de Portugal de 1976, que impedía alterar los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, los derechos de los trabajadores, de las asociaciones de trabajadores y de las asociaciones sindicales, entre otros. El tema lo analizamos con mayor detenimiento, discutiendo la legitimidad de las cláusulas pétreas, en Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución,* Buenos Aires, Astrea, 2017, t. I, pp. 317 y ss.

6 El utopismo otorga derechos sin realizar un test previo de factibilidad. Puede ser consciente, a sabiendas de que ese test no será favorable para el derecho, o subconsciente, si ni siquiera se preocupa en determinar si el derecho es de posible concreción. *Ibidem*, p. 260.

7 En el caso del "contraderecho" o "antiderecho", quien lo esgrime pretende que su derecho es prevaleciente sobre el de los demás, y que puede realizarlo haciendo uso de su propia fuerza. Tal es el caso, *v. gr.*, de ciertos cortes de rutas (donde incluso se ha impedido el paso de ambulancias con

Naturalmente, los procedimientos agravados de revisión constitucional tienen también sus bemoles. En ciertos casos, pueden abortar el enunciado de ciertos derechos legítimos, o dilatar su reconocimiento. Cuanto más exigentes sean los recaudos de revisión, es evidente que el constituyente prefiere mantener el *statuo quo* constitucional del cuadro de derechos existente, a que este sea fácilmente alterado, en el sentido de aumentado o disminuido, salvo que haya un alto grado de consenso responsable en el cambio.

IV. Los derechos fundamentales como límites a la revisión constitucional

Cabe preguntarse si los derechos pueden recortar las competencias normativas del constituyente.

La respuesta tiende a ser positiva, desde determinadas visualizaciones normativas y axiológicas.

a) En primer lugar, si se trata de derechos de fuente internacional, el constituyente estatal no podría válidamente negarlos o restringirlos. De acuerdo con los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda,* de la *bona fide* y del *effet utile* (efecto útil), los derechos emergentes del derecho internacional formal y del informal (consuetudinario), obligan al constituyente local. Su infracción ocasionaría responsabilidad internacional para el Estado, quien, además, no podría alegar reglas de derecho interno, ni aun constitucional, para eximirse de sus compromisos internacionales.[8]

---

enfermos en grave estado) u ocupaciones y "tomas" de inmuebles, públicos y privados. Para operar de tal modo, el contraderecho pretende cobijarse bajo un derecho, al que manipula, como el de libertad de expresión, o de huelga, o en términos más abstractos, del "derecho de necesidad". Véase, Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión..., cit.,* pp. 313 y ss.

[8] Véase, al respecto, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27. El art. 46 establece una excepción: si el tratado se basó en el consentimiento de un Estado prestado en manifiesta contravención a una disposición fundamental de su derecho interno.

b) El principio de "no regresión" en materia de derecho internacional de los derechos humanos, obliga asimismo al constituyente local a no disminuir un derecho doméstico ya concedido, que tenga su base en aquella dimensión internacional.

Es sabido que el principio de no regresión tiene varias versiones. Desde una extrema, para la cual jamás podría restringirse un derecho humano ya otorgado ("¡ni un paso atrás!"), a otras más flexibles, que admiten por excepción esa reducción siempre que se dejare indemne el núcleo esencial del derecho en juego; o cuando un interés público muy relevante justificare la limitación, todo ello sometido a evaluación judicial y bajo la carga del Estado de demostrar la grave razón limitante.[9]

c) Para el iusnaturalismo, si se trata de un derecho humano natural, ínsito a la persona, una revisión constitucional nunca podría desconocerlo, aunque sí especificarlo y reglamentarlo razonablemente. La norma constitucional negatoria de un derecho de ese tipo sería "derecho impropio", sin consistencia jurídica. O daría lugar, en palabras de Werner Goldschmidt, a una "laguna dikelógica" (axiológica), que le restaría, igualmente, vigor. Importaría, en definitiva, un "no derecho", conforme la tesis de Gustav Radbruch, en el sentido de que la injusticia extrema no es derecho.[10]

d) En términos de derecho constitucional positivo, puede ocurrir que la constitución declare como "cláusula pétrea" a determinado derecho, en cuyo caso tampoco podría válidamente ser reformado en su perjuicio (aunque sí, eventualmente, podría quedar incrementado por el constituyente). Sabemos que las cláusulas pétreas pueden tener en los hechos dudosa eficacia en el futuro, y que también son cuestionables axiológicamente, por ejemplo,

---

9 Sobre el principio de no regresión, *Cfr.,* Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional. Estatuto de los derechos..., cit*., t. III, p. 22.

10 *Cfr.* Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 221. El tema se conecta con la llamada "fórmula de Radbruch": Véase Vigo, Rodolfo, *La injusticia extrema no es derecho,* reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 81, 94 y 167.

bajo el interrogante de si una generación puede obligar a todas las generaciones futuras a mantener una solución jurídica eterna e inmodificable.[11]

V. Quién controla el respeto a los límites del constituyente, en materia de derechos fundamentales

La infracción, por parte del poder constituyente, a un derecho fundamental, plantea básicamente el problema de *quién* se encuentra habilitado para realizar ese control, e invalidar la gestión constituyente.

En términos tradicionales, la cultura jurídica occidental ha sido renuente a permitir que algún poder constituido pudiese revisar lo decidido por el poder constituyente. El argumento más decisivo para impedir tal inspección es el de la *jerarquía jurídica y política*: un poder inferior (*v. gr.*, el judicial), no estaría autorizado para invalidar lo decidido por uno superior (el constituyente). A ello se sumaría una consideración complementaria: lo resuelto por el constituyente importaría una *political question,* o sea, una atribución privativa y excluyente de dicho poder. Algo ajeno a la competencia de los tribunales.

Como excepción a esta concluyente tesis, la doctrina tradicional admitiría la revisión judicial siempre que el propio constituyente la hubiera dispuesto en la misma Constitución. En tal supuesto, si el autor de la ley suprema autoriza que los jueces constitucionales fiscalicen su gestión, su voluntad habría habilitado a esa judicatura a asumir esos roles de inspección, y el problema estaría resuelto. Tal ha sido, *verbi gratia*, la clara posición de Jorge Carpizo.[12]

Cabe reconocer, desde luego, la solidez conceptual de esta posición. Sin embargo, ella puede ceder si el jurista se pregunta

[11] Tratamos el tema en Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional, op. cit.*

[12] Véase, Carpizo Jorge, "La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 131, 2011, pp. 543 y ss.

cuál es el intérprete supremo de la Constitución. Si lo fuera el poder constituyente, la revisión judicial de su obra resultaría inviable. Si es la magistratura constitucional (Corte Suprema, Corte Constitucional, Sala Constitucional, etc.), ese intérprete final, sí estaría autorizada para determinar si el poder constituyente operó dentro de sus límites constitucionales posibles de actuación, tanto en materias de procedimiento (*matters of procedure),* como en materias de fondo (*matters of substance)*. La excepción surgiría si el poder constituyente prohíbe tal comportamiento de fiscalización jurisdiccional, como ocasionalmente ha ocurrido.[13]

En los últimos años, y especialmente a partir del lanzamiento de la doctrina del *control de convencionalidad,* se vislumbra otro control sobre los poderes constituyentes estatales: los tribunales internacionales, al estilo, *verbi gratia* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, si una revisión constitucional local afectase algún derecho de fuente internacional, el tribunal internacional del caso, o los operadores nacionales por encomienda y decisión del mismo, podrían reputar inválida aquella revisión, por resultar "inconvencional".[14]

---

[13] Por ejemplo, el art. 141 de la Constitución de Colombia (1991) determina que corresponde a la Corte Constitucional, a quien "se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución": "1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación". Pero el art. 59 transitorio de la misma Constitución, determina que "la presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno". Sobre las distintas doctrinas adoptadas en materia de revisión judicial de actos del poder constituyente, me remito a Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución..., cit*., t. I pp. 324, 340-342. Digamos que ciertas constituciones —pocas— aluden al contralor jurisdiccional de la reforma constituyente (*v. gr*., Moldavia, Chile y, de modo especial, la de la provincia de Catamarca, en Argentina). Véase, Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 719 y 764.

[14] Si una regla constitucional infringe, *v. gr.,* la CADH, la Corte Interamericana la ha reputado inválida. En el caso *La última tentación de Cristo,* incluso requirió al Estado chileno la modificación de la cláusula constitucional que instrumentaba la censura televisiva, directriz que dicho país ejecutó. Es por ello que hoy día puede hablarse de la constitución (nacional) *convencionalizada,* cuyo texto puede —en algún sector— verse inaplicado, y en

VI. Falencias del control.

Los desbordes del poder constituyente local al infringir derechos fundamentales no siempre son atendidos ni contenidos por los órganos de control. Esto es un dato innegable, registrado especialmente por la sociología jurídica y, alguna vez, por el propio derecho positivo.

Apuntemos algunas de esas manifestaciones:

a) Es posible que la constitución no imponga un adecuado régimen de control de constitucionalidad sobre la gestión del constituyente. Por ejemplo, si no establece un órgano de custodia constitucional genuinamente independiente, o si impide que el mismo actúe en ciertas cuestiones (*v. gr.*, si limita la inspección judicial a asuntos de procedimiento constituyente, pero la prohíbe sobre el contenido de la revisión constitucional).[15]

b) Es factible, al mismo tiempo, que los órganos de control, pese a ser formalmente independientes y adecuados, claudiquen de su misión, *verbi gratia* (entre otras razones), por presiones, obsecuencias o complicidades partidistas, personales o ideológicas. De tal modo, algunas salas y tribunales constitucionales han tenido el triste honor de convertirse en cortes legitimantes de las infracciones anticonstitucionales perpetradas por los otros órganos del Estado.[16] Pero el problema puede ser más grave: simultáneamente, también ocurre que a muchos sectores de la sociedad poco le importan esos servilismos o manipulaciones, o que incluso los den por descontados, como algo obvio y connatural a la especie humana. No faltará, tampoco, quien llegue a aplaudir ese "acompañamiento" (por llamarlo de algún modo), justificándolo so pretexto de concordia y colaboración entre los poderes públicos,

otros segmentos, conformado, con el derecho internacional de los derechos humanos.

15 Por ejemplo, *supra,* nota 13, con referencia a la Constitución de Colombia.

16 Véase Brewer-Carías, Allan, *Los jueces constitucionales, controlando al poder o controlados por el poder,* Buenos Aires, Olejnik, 2018, *passim*.

y de comprensión, por parte de la judicatura, de las cambiantes creencias y valoraciones sociales, especialmente de las reflejadas en los últimos comicios.[17]

Tal *naturalización* de la decadencia en la calidad institucional de un Estado es desde luego harto preocupante, pero es un dato que no puede ignorarse. Importa un serio caso de "desconstitucionalización",[18] que es muy grave y genera daños irreversibles cuando, aparte de resultar un comportamiento frecuente en la clase política, importa una conducta consentida por el grueso de la comunidad, convertida, de tal modo, en socia y partícipe de tal decrepitud constitucional.

c) A su vez, el control internacional de los derechos puede resultar muy escaso y por lo común enormemente tardío, si el mecanismo de fiscalización es raramente operativo, como pasa —a menudo— en el ámbito latinoamericano. Más todavía: el propio sistema puede programar su autofrustración. Así, por ejemplo, si una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenatoria de un Estado no es cumplida por el mismo, todo termina en un informe de la Corte a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (art. 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José); y si esta, ya en el ámbito diplomático (y no judicial) nada adopta efectivamente al respecto (como habitualmente ocurre), aquel fallo termina, prácticamen-

[17] Se ha dicho, al respecto, y con referencia al caso argentino, que la frecuente filiación partidaria de los jueces de la Corte Suprema se justifica por la "adecuación entre las etapas de la Corte Suprema y las de la vida política nacional", y que "la militancia política, en la medida en que sirvió para acreditar adhesión intelectual a la 'fórmula política' dominante en cada etapa, fue siempre tenida en cuenta y es natural y justo que así haya sido, habida cuenta de las funciones de coparticipación política que incumben a la Corte Suprema". *Cfr.* Oyhanarte, Julio, "Historia del Poder Judicial", *Todo es historia,* Buenos Aires, mayo de 1972, núm. 61, pp. 89 y 94, *cit*. por Ruibal Alba, *Proceso de reformas a la Corte Suprema argentina. Gobierno, sociedad civil y crisis institucional,* México, UNAM, 2010, p. 38.

[18] Hemos desarrollado el concepto de desconstitucionalización en Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión...., cit.,* pp. 97 y ss.

te, en la nada. Se arriba así a situaciones de verdadera impunidad inconvencional, curiosamente asimiladas por el propio régimen jurídico internacionalista vigente.

VII. El referéndum constitucional como resguardo de los derechos

Una de las vías para tutelar los derechos personales ante un proceso de enmienda, reforma o reemplazo constitucional ha sido la necesidad de contar con una aprobación colectiva popular del proyecto de reforma constitucional. Se procura, por tal vía, una clara y rotunda aprobación social del cambio constitucional, más allá del acuerdo que sobre el mismo pudiere haber en la clase política. En materia de derechos, cabría suponer que el pueblo no aprobaría normas contrarias a sus garantías.

El referéndum constitucional tiene sus méritos, pero también sus requisitos. Requiere, por ejemplo, un adecuado y muy amplio contexto de libertad de expresión para que los actores políticos puedan difundir plenamente sus propuestas y críticas. Demanda un tiempo razonable para que ello ocurra y para que la sociedad medite sobre las distintas opciones. Desde luego, exige que no haya intimidaciones, impedimentos o actos de presión para votar en uno u otro sentido. Necesita también respeto por el voto secreto, limpieza y transparencia electoral, autoridades de mesa y judiciales imparciales, cómputos claros y no adulterados, y fiscalización por parte de las distintas fuerzas políticas. Reclama igualmente que no haya sanciones a quienes hayan sufragado en un sentido o en otro.

Lamentablemente, el referéndum constitucional ha sido planeado, con frecuencia, para disculpar defectos de trámite constitucional, especialmente cuando quien convocó el procedimiento reformista no era una autoridad *de iure,* o cuando lo hizo contraviniendo el trámite previsto por la Constitución anterior, o también cuando hubo irregularidades en la elección de quienes se desempeñaron como poder constituyente, o infracciones reglamentarias en el curso de las deliberaciones de la asamblea constitucional. Por ello, más de una vez y especialmente en el

escenario latinoamericano de los últimos lustros, el referéndum actúa como un mecanismo de purga, exculpación y canonización del poder constituyente irregular.[19] Si un trámite reformista ha tenido ilegitimidad de título o de funcionamiento, el referéndum aprobatorio opera entonces como un dispositivo sacral y mágico de redención de esas culpas. Y después del veredicto popular que convalide la reforma en cuestión, resultará políticamente muy difícil, sino imposible, que se pueda invalidar jurídicamente la revisión constitucional del caso.

En cuanto el fondo del asunto, existen experiencias distintas sobre las decisiones populares en materia de referéndums constitucionales. En 1980, la ciudadanía uruguaya rechazó un proyecto de Constitución elaborado por el gobierno (dictadura) militar entonces imperante.[20] Pero en 1980 y en 1993 el cuerpo electoral de Chile y de Perú aprobó, en cada caso, las constituciones programadas durante la gestión de Augusto Pinochet y Alberto Fujimori, respectivamente, aunque muchos dudan de la veracidad de las cifras oficiales de convalidación, y de la corrección del proceso de consulta. A su vez, la aprobación popular, a inicios de 2019, de la Constitución cubana, no puede tomarse demasiado en serio, expuesta como fue en un país con partido único y con libertades políticas muy restringidas, sin prensa libre, además.[21]

En síntesis, una enmienda, reforma o nueva Constitución refrendada popularmente parece contar, *prima facie,* con un *plus* de legitimidad democrática y con un mayor control colectivo, en lo

---

19 También, sobre la problemática del poder constituyente irregular y los referéndums convalidatorios del mismo, *ibidem*, pp., 43 y ss.

20 *Cfr.* "Proyecto de Constitución de la República Oriental del Uruguay, aprobado por la Asamblea Constituyente el 31 de octubre de 1980 y rechazado por plebiscito del 30 de noviembre de 1980", en *Anales,* Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, t. IX, 1980, pp. 476 y ss.

21 Sobre una evaluación crítica del referéndum constitucional aplicado en Perú en 2018, con sus soles y bemoles, *Cfr.* por ejemplo los trabajos de Francisco Miró Quesada ("El referéndum y la Constitución peruana"), Luis Castillo Córdoba ("El referéndum y la lucha política en el Perú"), Dante Paiva Goyburo ("Reflexiones sobre el referéndum"), Natale Amprimo Plá ("Referéndum: ¿debemos pensarlo?") y Domingo García Belaunde ("El referéndum bajo la lupa"), publicados en la *Revista peruana de derecho público,* Lima, julio-diciembre de 1918, núm. 37, pp. 69-132.

que hace a la tutela de los derechos. Pero ello es una presunción muy relativa, por cierto, que *iuris tantum*. Por ejemplo, y más allá de vicios procedimentales en el referéndum, es perfectamente posible también que la mayoría de un pueblo renuncie voluntariamente a su libertad en favor de un líder seductor y carismático, o que justifique discriminaciones o diversos tipos de poder autoritario. Desgraciadamente, hay muchos ejemplos de esa abdicación. No siempre la *volonté générale* es una voluntad respetuosa de los derechos fundamentales. El adagio *vox populi, vox dei,* será muy teatral, pero es solamente una alegoría, por cierto, peligrosa.

VIII. Conclusiones

1. Los procesos de revisión constitucional (enmienda, reforma, sustitución de la Constitución), pueden ser incrementadores, reductores o gatopardistas, en materia de derechos fundamentales.
2. Las trabas a las revisiones constitucionales en materia de derechos, tanto de procedimiento y de contenido, procuran que el cambio sea producto de un consenso político amplio y meditado. Desde esta perspectiva, resultan positivas. No obstante, pueden obstaculizar el enunciado de nuevos derechos o el rediseño de los derechos preexistentes, o la abolición de antiguos derechos que hoy la sociedad juzgue anacrónicos.
3. Los derechos fundamentales importan una restricción a los poderes constituyentes nacionales. Ello ocurre cuando esos derechos tienen apoyo en el derecho internacional de los derechos humanos, o en la doctrina iusnaturalista, cuando son derechos inherentes a la persona. Ocasionalmente ciertos derechos pueden ampararse en la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas, si así lo dispone la Constitución.
4. Las garantías del control sobre el respeto que el constituyente debe guardar en cuanto los derechos fundamentales, corren principalmente a cargo de la magistratura constitucional. Sin embargo, esta última puede ver recor-

tada sus competencias de fiscalización por cláusulas de la propia Constitución, o por posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que recortan sus facultades en esta materia, *a)* evitando el control de la justicia constitucional, so pretexto de la tesis de las *political questions, b)* limitando la revisión judicial a cuestiones de procedimiento *(matters of procedure)*, y excluyendo las cuestiones de mérito o contenido (*matters of substance).*

La cuestión se resuelve, en una primera etapa, determinando quién opera como intérprete final de la Constitución: si es el poder constituyente, o la justicia constitucional. En un segundo tramo, y de responderse en favor de esta última, habrá que ver si esa magistratura actúa genuinamente como órgano de control. En la realidad latinoamericana han existido varios casos de renuencia a cumplir con tal misión, generando tristes situaciones de domesticación y complicidad de cortes o salas constitucionales con las fuerzas políticas imperantes en el momento.

5. El referéndum constitucional es otro mecanismo para, eventualmente, tutelar derechos. Parte de la presunción de que el pueblo no admitiría que se lesionaran sus derechos fundamentales. En la experiencia concreta, algunas veces el referéndum ha servido para impedir restricciones a los derechos programadas por los operadores constituyentes, pero en otras ha ocurrido lo contrario, convirtiéndose el referéndum en un dispositivo de canonización de procesos constituyentes irregulares y de abdicación de derechos fundamentales.

Bibliografía

Brewer-Carías, Allan, *Los jueces constitucionales, controlando al poder o controlados por el poder,* Buenos Aires, Olejnik, 2018, *passim.*

Carpizo Jorge, "La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 131, 2011.

Comanducci, Paolo, "Formas de neoconsticionalismo: un análisis metateórico", en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005.

Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional,* Buenos Aires, Ediar, 2005.

Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho,* 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1973.

Oyhanarte, Julio, "Historia del Poder Judicial", *Todo es historia,* Buenos Aires, mayo de 1972, núm. 61, *cit.* por Ruibal Alba, *Proceso de reformas a la Corte Suprema argentina. Gobierno, sociedad civil y crisis institucional,* México, UNAM, 2010.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución,* Buenos Aires, Astrea, 2017, t. I.

——, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada,* 2a ed., 1a. reimp, México, Porrúa, 2017.

——, *La Constitución bajo tensión,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.

Vigo, Rodolfo, *La injusticia extrema no es derecho,* reimpresión, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Il Volume raccoglie una serie di scritti che traggono spunto da tre importanti momenti della IX edizione del Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti, che si è svolta —come ormai da tradizione— presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa nel gennaio del 2020.

Le questioni affrontate sono, allo stesso tempo, diverse e trascendenti per la corretta applicazione della giustizia costituzionale: l'accesso alla giustizia costituzionale; la tutela dei diritti fondamentali di fronte alle omissioni del legislatore, la revisione costituzionale ed i diritti fondamentali.

Da ogni contributo emerge tutta la capacità del Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti di riuscire a sollecitare riflessioni su tematiche di comune interesse e ad attrarre a Pisa ogni anno per tre settimane costituzionalisti di riconosciuto prestigio internazionale, la cui traiettoria scientifica ed accademica ha conferito negli anni lustro crescente al CAF, convertendolo in un appuntamento fisso per molti giuristi dei due lati dell'Atlantico.

El Volumen recoge una serie de escritos que se inspiran en tres momentos importantes de la IX edición del Curso de Alta Formación en Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos, que se desarrolló —como ya es una tradición— en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa en enero de 2020.

Los temas que aquí se abordan son, a la vez, diversos y trascendentes para la correcta aplicación de la justicia constitucional: el acceso a la justicia constitucional; la protección de los derechos fundamentales frente a las omisiones del legislador y, finalmente, la revisión constitucional y los derechos fundamentales.

En cada contribución se demuestra la plena capacidad del Curso de Alta Formación en Justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales para suscitar reflexiones sobre temas de interés común y atraer en Pisa cada año, durante tres semanas, constitucionalistas de reconocido prestigio internacional, cuya trayectoria científica y académica ha dado al CAF un prestigio creciente a lo largo de los años, convirtiéndolo en una cita fija para muchos juristas de ambos lados del Atlántico.

ISBN 978-607-7822-71-4
9 786077 822714

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

QRO ORGULLO DE MX

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO