

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS

**Dr. Alessandro Pizzorusso¹
Q.d.D.G.²**

SUMARIO: i. El ordenamiento judicial, la justicia constitucional y la tutela jurisdiccional de derechos ii. Los acontecimientos del ordenamiento judicial en Italia desde la época de la Unidad Nacional a hoy iii. La Justicia Constitucional en Italia. Breves notas de derecho comparado.

- I. El ordenamiento judicial, la justicia constitucional y la tutela jurisdiccional de derechos
1. La función del “juez”, como se presenta en el curso de la historia, se puede esquematizar como la intervención de una tercera persona que se interpone entre las “partes” de una relación, en

los casos en que estas no están de acuerdo en la individualización de la norma que debe regular el “caso” que ha originado la relación misma, o sobre las consecuencias de la aplicación de la norma así determinada. Cuando eso ocurre, a las partes originarias de la relación se agrega un tercero, cuya posición se distingue de las dos primeras por el hecho de estar comprometido con la solución del caso, pero no con una determinada solución del mismo. En ello se distingue de la posición de las partes, cada una de las cuales sostiene su propia solución conforme a sus respectivos intereses, mientras que el juez actúa sobre todo en el interés del derecho vigente en el país.

1 Catedrático en Derecho Constitucional y Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Socio fundador de la Asociación Italiana de Constitucionalistas. Autor del libro *“Lezioni di Diritto Costituzionale”* publicado por primera vez en 1978, el cual fue traducido al idioma español por Javier Jiménez Campo en 1984 con el prólogo de Francisco Rubio Llorente por la editorial del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España. Además dentro de su vasta obra jurídica se pueden citar: *Manuale di Istituzioni di Diritto Pubblico*, *Sistema Giuridici Comparati*, *la Costituzione ferita*.

El texto del presente artículo corresponde a la “Lezione inaugurale” de la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos que impartió el profesor Pizzorusso el 16 de enero del 2012 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, en su primera edición. La especialidad es coordinada por el profesor Roberto Romboli y se encuentra dirigida a profesionales de América Latina www.corsoaltaformazionepisa.it. La ponencia del profesor Pizzorusso fue traducida al idioma español muy gentilmente por el Dr. Enrique Ulate Chacón quién es Doctor en Derecho en la Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Universitari e Perfezionamento di Pisa, Italia.

2. En el 13 de diciembre del 2015 falleció a la edad de 84 años Alessandro Pizzorusso, considerado uno de los más grandes constitucionalistas italianos, quién dejó un gran legado en la comunidad jurídica internacional y latinoamericana pues varias de sus estudios fueron traducidos al español. La V edición de la Especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos organizada anualmente por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa fue dedicada a la memoria del Professore Pizzorusso verdadero jurista por sus extraordinarias cualidades académicas y como ser humano.

El hecho de que los casos a resolver, recurriendo al juez, se repitan en el tiempo y en el espacio no significa, por otra parte, que para su solución, cada vez sea necesario reiterar la discusión entre las partes y, si entre estas no hay acuerdo, la intervención del juez para resolver la diferencia que eventualmente se determine entre sus posiciones.

Cuando la decisión del juez se establece, dando lugar a la formación de un “precedente”, en efecto, ella puede producir una norma general y abstracta, a la cual se recurre normalmente, en lugar de asignar, cada vez que es requerido, a un sujeto que opere en la posición de tercero. En los países anglosajones, en los cuales el precedente judicial le ha sido generalmente reconocido el rol de fuente del derecho, ese hecho comportado la calificación de los jueces como ‘oráculo de la ley’. En los ordenamientos de Europa continental, generalmente al precedente no es reconocido el rol de fuente del derecho, pero ello no impide que las decisiones judiciales puedan igualmente influir, del mismo modo, a través de la obra del legislador, es decir, de un Parlamento que actúe directamente en tal sentido, o bien a través de otro órgano delegado para ello o en el cual sean recibidas las decisiones formuladas en forma de decretos.

Esta esquematización del tipo de relaciones que dan lugar a la formación de los ordenamientos jurídicos permite comprender porqué, aparte de la organización de colecciones de normas generales y abstractas, a las cuales se da el nombre de leyes, códigos, etc, sea necesario también la organización de

cuerpos de jueces que sean capaces de dictar normas individuales relacionadas con casos concretos, para decidir cual norma es aplicable a ellos, y como la norma general y abstracta deba ser individualizada por un juez que toma en consideración el caso examinado.

Este mecanismo opera, no sólo para determinar las normas “sustanciales” a emplear en la solución del mérito de los casos que se presentan, sino también para determinar las normas instrumentales aplicables para dar una forma concreta a las decisiones que se toman para ese fin. Estas últimas son las que regulan el procedimiento a observar en los distintos casos para cumplir estas operaciones y son llamadas “normas procesales”. Una parte de ellas son las normas del “ordenamiento judicial” las cuales sirven para establecer quién debe desenvolver las funciones de juez en relación a las controversias que asumen las características de un “proceso” formal.

2. En relación a la actividad de formación de las leyes, puede repetirse todo lo que se ha dicho acerca de las controversias sobre el modo en el cual una cierta actividad del hombre debe constituir objeto de decisiones judiciales. También la formación de la ley, en efecto, es regulada normalmente por principios y reglas que, por el hecho de disciplinar las controversias que tengan por objeto la conformidad de las leyes a las reglas y a los principios que para ese fin hayan establecido en los diversos modos sugeridos por la historia en diversos países, comporta una “ley superior” respecto a las ‘normas ordinarias’ y prescribe ciertamente la conformidad

de las leyes a cuanto está previsto, sea en cuanto toma en consideración el procedimiento establecido para adoptarlas, sea en cuanto atiende a su contenido.

Ello es lo que ocurre cuando los principios y las reglas de este tipo son contenidas en un particular tipo de ley que se llama “Constitución” (y, más precisamente, “constitución rígida”, es decir adoptable o modificable solamente mediante un procedimiento diverso a aquél que debe observarse para formar las “leyes ordinarias”, y que es protegida contra las eventuales violaciones de ella y que se produzcan en la formación de estas últimas).

En la eventualidad en que deba resolverse este tipo de controversias, se ha considerado oportuno recurrir a un juez que opera según modalidades tendencialmente análogas a aquellas que se aplican en los casos normales de actividad jurisdiccional, pero ciertamente cualificadas en su propia composición y por reglas específicas de procedimiento.

Prescindiendo aquí de las discusiones que han surgido sobre la posibilidad de que éstos órganos puedan y deban ser regulados por leyes normales de ordenamiento judicial, o bien, por reglas explícitamente incluidas en la Constitución, las cuales derivan de las circunstancias en las cuales su actividad ha sido prevista en distintos países, podemos individualizar en este género de jueces y en su actividad, propiamente el ámbito de la que ha sido denominada la “justicia constitucional”.

Para completar la presentación de este sector del derecho, que ha sido analizado a partir de la edad del iluminismo y que se ha desarrollado principalmente en los últimos dos siglos, se debe sobre todo señalar como la institución de órganos de justicia constitucional, a nivel estatal y a nivel internacional, haya contribuido al desarrollo de la tutela de los derechos fundamentales del hombre que, ya en los siglos precedentes, habían estado a menudo al centro de la historia constitucional de Gran Bretaña y que habían conseguido importantes éxitos con la revolución americana. De ahí que la oportunidad de agregar la “tutela jurisdiccional de los derechos a la justicia constitucional” como objeto de un curso como éste, que efectivamente busca describir en algún modo la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, encuentren particulares formas de tutela en la organización jurídica del mundo contemporáneo.

Por lo demás, aunque en muchos países la disciplina en la “jurisdicción constitucional” no es considerada parte de la materia “ordenamiento judicial”, no existe duda que ella presenta puntos de conexión importantes con esta, de ahí la oportunidad de tratar en conjunto los dos temas en un curso como este. Las dos materias (o sub materias) presentan, por otra parte, conexiones también estrechas con disciplinas como el “derecho procesal” y la disciplina de las “fuentes del derecho”, las cuales incluso, comprendiendo sectores muy vastos de las ciencias jurídicas, van mucho más allá del aspecto del ordenamiento que aquí es preeminente, así que a ellas se hará referencia solamente cuando

sea necesario, dando por sentado el encuadramiento completo. Igualmente, se hará referencia de manera ocasional a los institutos propios del derecho internacional, particularmente en tema de tutela de los derechos fundamentales, no obstante la creciente importancia que sobre ese perfil los mismos han demostrado en los últimos tiempos.

La institución de la “justicia constitucional” (en América Latina llamada también “derecho procesal constitucional”) constituye uno de los mayores factores de evolución de las disciplinas que hemos destacado antes, las cuales han recibido recientemente un importante desarrollo que permite, por otra parte, establecer mayores puntos de conexión entre los ordenamientos de distintos Estados, entre ellos y el ordenamiento de la comunidad internacional y los otros que están vinculados en distinta formas. En algunos casos de este tipo, además, se han realizado formas que permiten asumir al individuo un rol de sujeto del ordenamiento internacional, con consiguientes modificaciones del significado originariamente asumido por esta disciplina, según la cual, sólo los Estados y no los individuos eran concebidos como dotados de subjetividad en el ámbito de tal ordenamiento. La experiencia más reciente ha demostrado, en efecto, cómo esta regla ha sido derogada, sobre todo en vista a una más adecuada realización de formas de tutela de los derechos fundamentales y de persecución de ciertos tipos de delitos contra la humanidad.

3. La evolución de la disciplina del ordenamiento judicial, en el ámbito de

los ordenamientos estatales, también ha sido profundamente influenciada por el desarrollo que en este campo han tenido los ordenamientos de carácter internacional, especialmente, en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales, por efecto del cual, ellos dedican ahora una atención mucho mayor, de cuanto ocurría en el pasado, a la tutela de los derechos de la persona, en un ámbito constitucional mucho más abierto a su reconocimiento como valor a proteger y al cual atribuir un adecuado rol en un marco de democracia liberal y social.

El ordenamiento de la justicia constitucional, como la vemos funcionar hoy, incluso con características ahora más diferenciadas, en gran parte de los Estados del mundo (y que es potencialmente realizable también en ordenamientos diversos de los estatales) presenta interés no solamente porque da origen a actividades organizativas, por un lado complementarios a los estudiados durante siglos con referencia a los tipos más difundidos de ordenamientos procesales, sino también por la incidencia que ello ha tenido sobre el modo de concebir los sistemas de las fuentes del derecho, que encontramos operando con referencia a los distintos tipos de ordenamientos jurídicos antes mencionados, además de las relaciones entre ellos.

Por cuanto, en efecto, las reglas de la justicia constitucional disciplinan a menudo, específicamente las competencias del órgano o del complejo de órganos a los cuales son asignadas ese tipo de funciones son asignadas, en la

gran mayoría de los casos caracterizadas por el hecho de presuponer la decisión de los creadores de un ordenamiento jurídico de organizar dicho ordenamiento sobre la base de un sistema, en virtud del cual, las disposiciones o normas producidas por una fuente (o en el ámbito de cierto ordenamiento) asumen una eficacia jurídica que implica la superioridad de ellas respecto a aquella que el mismo ordenamiento asigna a las disposiciones o normas producidas por otra fuente (o en el ámbito de otro ordenamiento) y calificada como inferior a la primera.

Esta relación de superioridad o inferioridad puede considerar las disposiciones o normas producidas en aplicación de una determinada fuente del derecho (o de todas las disposiciones o normas producidas por un cierto tipo de fuente, o incluso todas las disposiciones o normas comprendidas en un determinado ordenamiento o tipo de ordenamiento) y puede comportar también la invalidez de la fuente inferior. Las modalidades concretas mediante las cuales estos contrastes de normas o de ordenamientos puedan producirse y las consecuencias relevantes que se pueden derivar de ellas, han sido objeto de profundas investigaciones en el ámbito de los estudios en los cuales el objeto lo constituye la justicia constitucional y sobre los cuales no es el caso detenerse ahora.

Procediendo sobre la ruta trazada, se podría reconstruir todo el derecho poniendo de relieve como él pueda ser construido, según la enseñanza kelseniana, como una única jerarquía

normativa (*stufenbau*), más o menos amplia, según se pongan en evidencia un número más o menos amplio de condiciones que determinan las interacciones entre las diversas fuentes.

Pero aquí no es el caso proseguir sobre tales aspectos, que serán explicados con más detalle en el ámbito de las lecciones que seguirán. En efecto, para establecer cómo la justicia constitucional se incorpora en un sistema que pretende coordinar las principales consecuencias que la misma puede producir en los ordenamientos jurídicos, en los cuales ella está destinada a operar, es suficiente por ahora proceder a una descripción sumaria de los principales modelos y sus respectivas consecuencias. A ello se dedicarán las lecciones de los próximos días, mientras que en esta premisa nos limitaremos a señalar los principales episodios que han influido sobre la evolución de la disciplina estudiada.

Concluiremos, por eso, estas observaciones preliminares, señalando que el estudio de la justicia constitucional, en los casos en los cuales ella se presenta ligada intrínsecamente a las actividad normal de otros jueces, a los cuales también se les asigna la decisión de las cuestiones de constitucional o, al menos, la iniciativa que tienen en vista de la decisión que ellos recibirán de parte de los órganos respectivos, presuponga un conocimiento completo de los temas propios del ordenamiento judicial y del derecho procesal en sus diversos componentes (civil, penal, administrativo, etc) mientras que, en los casos en los cuales tales cuestiones se presentan como estructuralmente

separados, respecto a las distintas formas de actividades jurisdiccionales, el interés de los estudiosos se concentra sobre todo en los efectos que la obra de la justicia constitucional puede tener sobre las fuentes que el juez debe aplicar en el ejercicio de sus funciones o sobre otras repercusiones análogas. La misma calificación de los órganos que tienen como su función principal o exclusiva el ejercicio de control de constitucional, como órganos jurisdiccionales o como órganos constitucionales, depende en consecuencia de cada tipo de diferencias organizativas.-

II. Los acontecimientos del ordenamiento judicial en Italia desde la época de la Unidad Nacional a hoy

4. Volviendo ahora a los principales factores que han determinado la evolución del ordenamiento judicial en Italia, iniciaremos señalando cómo, desde la época de la Unidad, realizada en 1861 con la anexión al Reino de Sardeña (que comprendía Piemonte, Liguria y la misma Sardeña) de gran parte del territorio restante de la península italiana, después completada con las ulteriores acontecimientos realizados en 1866, en 1870 y en 1918, operó en Italia un cuerpo de jueces estatales que tenían un estatuto jurídico similar al asumido por los jueces en otros países de Europa continental, o sea, a aquellas propias de las otras funciones estatales, pero caracterizado, sin embargo, por garantías limitadas de independencia particulares a ellas.

Este aspecto fue determinado principalmente por la influencia de los

acontecimientos franceses que habían significado la abolición de los *Parlements* (que eran así denominados en esa época *Parlements*, según una antigua tradición, pero eran en realidad Cortes de Justicia), los cuales habían ejercitado esas funciones en la fase final del *ancien régime* y que en Francia habían sido suprimidos después de la revolución de 1789 y después sustituidos por un ordenamiento donde la Magistratura era un cuerpo de funcionarios ampliamente controlados por el Ejecutivo.

En el curso del XVIII siglo, los jueces franceses habían asumido un rol político importante, en particular, en virtud de las frases de los *arrêts de règlement* (que eran observaciones a los actos del monarca que se debían registrar) con los cuales lograban a menudo condicionar los actos del soberano. Como consecuencia de la aversión desatada en sus orientaciones y, particularmente, por la práctica de algunas actuaciones condenadas por la opinión pública, como la que permitía la venta de cargos de los integrantes de estos órganos, en ese momento admitida ampliamente, y por otras razones de crítica como consecuencia de su actividad, luego de la revolución de 1789 esos órganos fueron suprimidos y sustituidos por un tipo diverso de organización judicial, que tendía a colocar los órganos judiciales sobre el control de las autoridades políticas, también mediante la institución de un nuevo órgano, el *Tribunal de Cassation*, originalmente destinado a controlar que los jueces no interfirieran con las funciones de gobierno ejercitadas por los órganos constitucionales.-

El modelo francés de ordenamiento judicial, como fue creado, después de un periodo de incertidumbre mediante una célebre ley napoleónica de 1810, fue recibido, en el curso del siglo XIX y en la primera mitad del XX, en varios países pertenecientes al área del *civil law*, incluida Italia y los Estados de Europa central y oriental y del área ibérica. La mayor independencia, de la cual continuaron disfrutando los jueces ingleses y norteamericanos, viene a constituir una alternativa de soluciones que en cierto modo resultó más concreta de cuanto aparece en base a su *status* legal, resultante de las tradiciones seguidas en el área del *common law* y dada a conocer sobre todo en los ambientes judiciales ingleses y en las universidades norteamericanas.-

La influencia menos inmediata, pero muy fuerte sobre el plano cultural, había sido en cambio la ejercida en las experiencias desarrolladas en Inglaterra y Norteamericana que habían llevado, desde antes, en Inglaterra, a la afirmación de los derechos de la persona y, después, en América, a la configuración de la Magistratura como “poder judicial”, en ambos casos, en el ámbito de una forma de gobierno inspirada ampliamente en los principios liberales.

La experiencia por los Estados italianos, al término de las guerras napoleónicas, sobre la base de las decisiones adoptadas por parte del Congreso de Viena (1814-15), implicaba sin embargo, generalmente, el regreso a la forma de gobierno denominada “monarquía absoluta”, la cual comportaba que el ejercicio de las funciones judiciales

correspondieran al Rey y a un cuerpo de jueces instaurados por él y que operaban a su nombre.

En el Reino de Sardeña donde, incluso, el componente liberal de la nueva construcción política era más fuerte que en los otros Estados italianos, en 1848 fue “concebido” por el Rey Carlos Alberto un “Estatuto” (es decir una suerte de Constitución, referente a las tendencias prevalecientes en Gran Bretaña y parcialmente recibidas también en Francia por Luis XVIII, con la celebre *Charte* de 1814), preparada por sus colaboradores, en el cual se adoptaba una forma de gobierno que preveía la atribución del poder legislativo a la decisión conforme de una Cámara electiva y del Senado Regio (convalidada por la “sanción” real). En virtud de las “modificaciones tácitas” que el Estatuto sufrió en el periodo sucesivo, con el consentimiento del Rey, esta forma de gobierno funcionó incluso como un gobierno parlamentario, incluso luego del éxito de los piemonteses en la guerra con Austria de 1848-49, a la cual pertenecían también los liberales italianos de otras regiones.

En cuanto respecta al ordenamiento judicial, el Estatuto reconocía al Rey el poder de instituir los jueces (art. 68), y en general sobreponía los órganos judiciales al control del Ejecutivo, en particular en virtud de la dependencia de los órganos del Ministerio Público, al cual correspondía el ejercicio de la acción penal, al Ministerio de Justicia, pero salvaguardaba, en cierta medida al menos, la independencia de los órganos judiciales, alineándose con ello, al

menos teóricamente, a los principios de la democracia liberal.

En estos aspectos se conformaron las leyes italianas de 1865, de 1923 y de 1941, que tienen por objeto el “ordenamiento judicial”, las cuales realizaron una disciplina general de la organización de los jueces civiles y penales, mientras, hacia finales del s. XIX, un complejo de “leyes especiales” permitieron una primer introducción de formas de justicia administrativa, mediante las cuales los ciudadanos podían tutelar sus derechos frente a la Administración Pública, y otras formas de contencioso, referidas a otros tipos de actividad administrativa, cuyo carácter jurisdiccional era generalmente puesto en duda.

La Ley General sobre el Ordenamiento Judicial, que fue adoptada en 1941, después del avenimiento del régimen fascista, que había conquistado el poder después de la crisis generada después de la guerra, tendía a alinear mas completamente esta disciplina por los principios del fascismo, en un momento histórico en el cual, por otra parte, la caída de la dictadura mussoliniana era ya eminente.

5. La recuperación de las instituciones democráticas, derivada concomitantemente con los eventos de la segunda guerra mundial, que había conducido en un primer momento a la participación del régimen fascista en la guerra al lado de Alemania nazi, no pudo ser realizado inmediatamente a causa de las operaciones militares que se llevaron a cabo sobre territorio

italiano hasta 1945. Una serie de principios en el tema de ordenamiento judicial, totalmente inspirados en los principios de la democracia liberal y social, que habían orientado el componente occidental en el entendido que habían combatido contra el fascismo y sus aliados fueron, en consecuencia, incluidos en la Constitución de 1947, que fue aprobada sobre la base de un gran consenso obtenido en el período transitorio después del tratado de paz.

La Constitución había previsto también, en la VII disposición transitoria contenida en ella, que la ley de 1941, que quedó vigente de manera provisional, a excepción de algunas medidas adoptadas al final de 1946, fuera sustituida completamente por una “nueva ley sobre el ordenamiento judicial en conformidad con la Constitución”, dado que los principios constitucionales ahora vigentes discrepaban notablemente de los del ordenamiento anterior. Sin embargo, ese propósito no fue honrado por las mayorías políticas formadas sucesivamente, las cuales se limitaron a discutir varios problemas de la justicia sin encontrar entre ellos un acuerdo suficiente.

Pese a lo anterior, si fueron adoptadas, sobre la base de una serie de intervenciones importantes de la Corte constitucional, varias leyes de contenido más limitado que provocaron gradualmente una transformación sustancial de la vieja ley. Sin determinar el completo abandono del modelo francés, que había influenciado las leyes precedentes, estas modificaciones permitieron una evolución que permite realizar una plena independencia de

la Magistratura, como está prevista en la Constitución y a la cual se hace referencia en modo cada vez más sentido, al interno de la Magistratura misma, como consecuencia del cambio generacional ocurrido al mismo tiempo.- En virtud de estas modificaciones parciales, la gestión administrativa de la Magistratura por parte del Ministro de Justicia fue limitada a aspectos que no influían sobre la independencia de los jueces particulares y ministerios públicos (a los cuales fue restituida la titularidad de la acción penal, ahora declarada obligatoria justamente por el artículo 112 de la Constitución, y la dirección de la política judicial como está establecido por el artículo 109 de la misma) y de ello derivó, progresivamente, un crecimiento del rol desarrollado por ella en el país, sobre todo en la lucha contra la criminalidad y la corrupción, y por el Consejo Superior, en cuanto atañe la gestión administrativa de la Magistratura.

La Constitución, en efecto, ha sustraído al Ministerio de Justicia aquél complejo de funciones que el ordenamiento precedente le atribuía para la gestión de la carrera de los magistrados y para el control disciplinario de las actividades de sus funcionarios públicos (art. 104 y siguientes Const. Pol.), asignándole al Consejo Superior, que es un órgano de relevancia constitucional, presidido por el Presidente de la República y compuesto por dos tercios de magistrados, elegidos por todos los magistrados, y por un tercio de profesores o abogados elegidos por el Parlamento, al fin de realizar una gestión autónoma, con referencia a la cual se ha hablado frecuentemente de “autogobierno” de la Magistratura.

Más allá de cuanto está regulado en la Constitución, la legislación ordinaria ha previsto la formación de “órganos de autogobierno” también para la jurisdicción penal militar, y para la jurisdicción administrativa, para la justicia contable y de pensiones y para la justicia tributaria. El sistema de las impugnaciones de las sentencias prevé, además, que las decisiones de la jurisdicción administrativa y de la contable, sean impugnables mediante recurso de casación exclusivamente por motivos de jurisdicción, mientras las jurisdicciones tributaria y penal militar tienen en la Corte de Casación el juez de última instancia como la jurisdicción ordinaria. También estas reglas, en las cuales es evidente su escasa homogeneidad, demuestran las dificultades que el legislador italiano ha tenido para dictar una disciplina orgánica en esta materia. El único caso en el cual el Parlamento ha logrado dictar un código totalmente nuevo, es decir el Código de Procedimientos penales de 1987, ha dado lugar a muchas discusiones y a dificultades considerables en su implementación.

6. Luego de dichas experiencias, Italia continúa formando parte del área del *civil law*, pero han aumentado las relaciones con el área del *common law*, y en particular con la cultura jurídica inglesa y norteamericana, provocando un amplio acercamiento entre las dos culturas jurídicas que se manifiesta hoy en muchos aspectos de funcionamiento de las instituciones italianas.

En cuanto atañe al rol de los jueces, particular importancia tuvo la concepción

expresada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, cuyo tercer artículo delineó un “poder judicial (confiado a) una Corte Suprema y otras Cortes de grado inferior que el Congreso podrá en cada caso crear y constituir”, con lo cual se proclamó solemnemente la independencia respecto a otros poderes del Estado.

“Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura”, había escrito Montesquieu en 1784, “el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no tiene libertad, porque se puede temer que el mismo monarca, o el mismo senado, hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si estuviese unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: en efecto el juez sería legislador. Si estuviese unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de mayoría, o de nobles, o del pueblo, ejercitare estos tres poderes: el de hacer leyes, el de seguir las decisiones públicas y el de juzgar los delitos y las controversias de los particulares.”

En el periodo de mayor afirmación de los principios del constitucionalismo, sintetizados en el célebre artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, adoptada por la Asamblea constituyente francesa el 26 de agosto 1789, por el cual “una sociedad en la cual la garantía de los derechos no es asegurada, ni la

separación de poderes determinada, no tiene Constitución”, la reacción contra los *Parlements*, del cual he hablado hace poco, evidentemente provocó una gran dislocación entre el ordenamiento judicial adoptado en Francia, y sucesivamente recibido en muchos otros países, entre ellos Italia, y aquellos difundidos en los países de lengua inglesa.

La entrada en función de la Corte Constitucional, prevista en el título VI de la Constitución y sobrevenida a partir de 1956, permitió una amplia revisión de la legislación anterior, para lo cual el Parlamento, que era el titular ordinario de la función legislativa, resultó en cierto modo poco idóneo. En efecto fueron muy raras las grandes leyes que se hacían necesarias con el retorno a la democracia y fue desarrollado, sobre todo, un derecho jurisprudencial que produce también resultados análogos a aquellos previstos por la Constitución, si bien tales progresos fueron alcanzados con no poca dificultad. Ello no impidió la elaboración de reformas importantes, entre las cuales la materia relativa al ordenamiento judicial, que llevaron a la formación de un modelo italiano, que se viene diferenciando del modelo francés por el incremento de la independencia de la Magistratura y por su acentuada tutela constitucional de las libertades de los ciudadanos.

Sin embargo no fue realizada una revisión general de la ley sobre el ordenamiento judicial (de la cual, por cierto, pocos artículos están aún en vigor), permaneciendo fuertes discusiones, sobre algunos aspectos de la reforma misma, entre las fuerzas políticas y entre los estudiosos de la materia.

7. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, particular atención ha sido dedicada a las leyes que regulan la actividad “administrativa” de los órganos públicos y el derecho de los ciudadanos de requerir a los jueces del Estado, tanto la anulación de los actos de los poderes públicos injustamente lesivos de los derechos de los particulares, como el resarcimiento de los daños sufridos por causa de actos ilegítimos de la Administración Pública. De ello se ha derivado toda una legislación, inicialmente concebida como “especial” respecto al derecho civil y después como un sector importante del “derecho administrativo”, la cual ha abarcado progresivamente también las actividades de un complejo de jueces y de procedimientos, considerados especiales también respecto de la justicia administrativa “general”, considerando que los recursos que pueden ser interpuestos ante ellos por los particulares para conseguir la tutela de sus derechos frente a los poderes públicos.

La “justicia administrativa”, recientemente reformada, regula los aspectos organizativos y procesales específicamente suyos propios y los derechos de las partes particulares que se dirigen a ellos, la cual incluso hoy ha asumido el carácter de una ulterior jurisdicción dotada de carácter relativamente general, en algunos países puesta en una relación de justo equilibrio respecto a la jurisdicción civil.-

III. La Justicia Constitucional en Italia. Breves notas de derecho comparado

8. Los institutos de la justicia constitucional, a lo cual se dedica la segunda parte de este discurso, se refieren a actividades que tienen prevalentemente por finalidad, en los ordenamientos jurídicos estatales dotados de una “constitución rígida” como la italiana, asegurar el respeto y la correcta aplicación de la Constitución y de las normas constitucionales, o bien de ejercitar funciones en distintos modos tendientes a alcanzar finalidades previstas para la observancia de la Constitución.

Ella es aplicada normalmente por los órganos judiciales ordinarios, o bien, por órganos constitucionales, generalmente denominados “Corte Constitucional” o con expresiones análogas. En algunos ordenamientos, por consiguiente, los órganos que ejercitan estas funciones forman parte del “Poder Judicial”, mientras en otros tienen una posición autónoma entre los órganos constitucionales del Estado (y, en todo caso, también de Estados miembros de los Estados Federales). Tanto en uno como en otro caso, además, los órganos de la justicia constitucional se incorporan entre aquellos que aseguran la tutela jurisdiccional de los derechos, cuyo complejo comprende, entre otros, los órganos con competencia civil, penal, administrativa, tributaria, y otras, incluidas en la noción de jurisdicciones “especiales”, en contraposición a aquellos pertenecientes a la jurisdicción “ordinaria”, que en el ordenamiento italiano son titulares de las funciones

judiciales civiles y penales, y deberían ser reguladas por una ley específica, denominada “ordenamiento judicial”.

Como he recordado anteriormente, leyes de este tipo fueron adoptadas durante la primera fase de la historia constitucional italiana que se desarrolló después de la unificación de 1861, mientras la Constitución de 1947, incluye en su título IV algunas disposiciones importantes relativas a esta materia y estableció, en la VII disposición transitoria que el Parlamento habría tenido que adoptar una “Ley sobre el Ordenamiento Judicial” que fuese “conforme a la Constitución”, autorizando temporalmente que se mantuvieran en vigor (sin ser modificadas en ese momento) “las normas del ordenamiento vigente”. Esta sugerencia no ha sido acogida por los Gobiernos ni por los Parlamentos que han sucedido desde entonces, los cuales se han limitado a intervenir sobre problemas particulares relacionados con esta materia.

Respecto al control de constitucionalidad de las leyes, que la constitución establece solo en términos muy generales reenviando a leyes ulteriores, éstas han previsto un mecanismo que separa el momento de la proposición de las cuestiones de constitucionalidad de aquél, de las decisiones relacionadas con ella. La iniciativa es otorgada a cualquier juez que deba aplicar la ley, cuya constitucionalidad se pone en duda, para decidir un caso judicial, previa valoración de si la cuestión propuesta es “manifiestamente infundada” (en tal caso el mismo juez se limita a actuarla). En todo caso, la decisión corresponde

a un órgano específico, denominado “Corte Constitucional” y compuesto por quince jueces, cinco nombrados por el Presidente de la República, cinco electos por el Parlamento en sesión común de las dos Cámaras y cinco por la Suprema Magistratura (tres por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por la Corte de Cuentas).

En la mayor parte de los países en los cuales está prevista una forma de justicia constitucional, esta comprende sobre todo las actividades de control de la constitucionalidad de las leyes, sin embargo, a veces se le agregan otras competencias accesorias, sobre todo relacionadas a casos de aplicación de las normas constitucionales vigentes en el Estado en el cual opera el juez constitucional respectivo. Similar a ese tipo de funciones, es la otorgada a los órganos previstos por tratados internacionales y regulada por estos, que tiene finalidades análogas, atinentes a la tutela de los derechos fundamentales, pero cuyos pronunciamientos constituyen actos de derecho internacional, dotados de efectos similares, pero no siempre directamente operantes en el plano del derecho interno del Estado en cuestión.

La realización del control de constitucionalidad de las leyes constituye uno de los desarrollos más recientes de la evolución del Estado moderno que ha sido realizada en Europa, y sucesivamente en todo el mundo, a partir de la época en la cual habría terminado, con la estipulación de los “Tratados de Westfalia”, la llamada “Guerra de los treinta años” (1648). Esta sistematización comportó el reconocimiento recíproco,

por parte de los Estados, de su soberanía interna e internacional y la fundación del “derecho internacional” como ordenamiento jurídico de las relaciones entre los Estados. Este aspecto determinó la (al menos teórica) independencia de los Estados en sus relaciones recíprocas y acrecentó notablemente la función desarrollada sobre el plano del derecho de los límites entre los Estados, los cuales definieron el ámbito territorial sobre el cual podía ejercer su soberanía y, respectivamente, la competencia territorial de sus ordenamientos jurídicos. De ello derivó por otra parte, como es evidente, que solo los Estados mismos y no así los individuos, podían operar como sujetos del derecho internacional, y solo en el curso del siglo XX ello ha sufrido sobre ese perfil algunas modificaciones pero no todavía del todo acentuadas, mientras otras importantes modificaciones de ello han sido provocadas por la difusión del constitucionalismo, que ha comportado en muchos países la evolución de la forma de gobierno denominada “monarquía absoluta”, que en el siglo XVI era difundida en gran parte de los países europeos. La difusión del constitucionalismo llevó a un acercamiento entre las formas de Estado y de Gobierno que fueron practicadas en varios estados y así a una mayor integración entre los ordenamientos de los Estados particulares. La Unión Europea y otras organizaciones de este tipo constituyen la demostración de esta evolución.

El sistema italiano de justicia constitucional prevé como competencia relativamente general el control incidental que es ejercitado por

iniciativa de un juez de oficio o como consecuencia de la solicitud de una parte procesal la cual considere “no manifiestamente infundada” una cuestión de constitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley (o parte de ella), y cuya aplicación se hace necesaria en el curso de un proceso en desarrollo, ante el juez que ha sido instituido para ese fin: la Corte constitucional (que dicta una ordenanza o resolución con la cual suspende el proceso en curso).

Se han debatido muchas posiciones sobre la necesidad de establecer qué debe considerar el “juez” para los fines del ejercicio del poder que inviste la Corte Constitucional de una cuestión propuesta, sobre la noción de “no ser manifiestamente infundada” la cuestión de constitucionalidad y, sobre todo, la cuestión de la “relevancia” de la cuestión misma respecto al juicio en curso ante el juez que ha pronunciado la ordenanza de remisión a la Corte (así llamado “juez *a quo*”).

Gran parte de las cuestiones útiles para establecer cuáles son las condiciones para que la Corte tenga que decidir, han sido analizadas por una jurisprudencia muy rica, que no es posible seguir sin reseñarla. Con ella la Corte ha elaborado toda una casuística, comprensiva de la hipótesis de inadmisibilidad de la cuestión, cuando advierte un vicio en la ordenanza de remisión le impide, sin posibilidad de sanearla, examinar el mérito de la cuestión o la hipótesis de restitución de los actos al juez *a quo*, cuando ella considera que existan posibilidades de sanearla. En el caso de que la Corte considere que no existen razones que impidan considerar admisible la cuestión, ella la examina en

el mérito y si la acoge, aún solamente en parte, declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, eventualmente en la parte en la cual la considera viciada, de otro modo rechaza la cuestión.

La Corte ha hecho gran uso de sentencias “interpretativas” con las cuales subordina la decisión de rechazo de la cuestión a una determinada interpretación de las disposiciones o norma impugnada, que ella determina en la parte dispositiva de la sentencia o mediante un reenvío (algunas veces implícito) a la motivación. Estas reglas resultan de un número muy basto de decisiones que no permiten realizar una reseña más analítica y completa.

El artículo 136 de la Constitución establece que cuando las decisiones declaran la inconstitucionalidad de un acto normativo, este “cesa de tener eficacia desde el día sucesivo a la publicación de la decisión”, pero nada dispone para las decisiones de rechazo o inadmisibilidad. La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia ha deducido que el cese de la eficacia implica la inaplicabilidad de la disposición o norma declarada inconstitucional *erga omnes*, también con referencia a los hechos anteriores a la publicación de la sentencia, salvo los casos de relaciones terminadas anteriormente a la fecha de ésta (si así no fuese estado considerado, la cuestión podría ser replanteada para obtener la extensión de la eficacia temporal de la nulidad). En cuanto respecta a las ordenanzas o sentencias de rechazo, la jurisprudencia considera que la sentencia tenga solamente el valor (solamente *inter partes*) de una eventual sentencia pronunciada por el juez en el juicio *a quo*. Y análoga es la eficacia de las decisiones de inadmisibilidad o de las

ordenanzas de manifiesta inadmisibilidad o manifiestamente infundadas. No es posible referirse en modo exhaustivo a las cuestiones que han sido afrontadas sobre estos aspectos a propósito de una amplísima jurisprudencia y doctrina.

El control “incidental” (respecto al juicio *a-quo*) no es la única competencia de la Corte. Un segundo caso de este tipo está efectivamente previsto en la legislación estatal, sobre el recurso de las Regiones, y por las leyes (de las Regiones, también con un estatuto especial y aquellas de las Provincias de Bolzano y Trento) y los estatutos regionales (de las Regiones con estatuto ordinario) sobre el recurso del Gobierno estatal o de otras Regiones. Las impugnaciones de esta naturaleza están sujetas a un límite por el cual ellas pueden ser propuestas solamente por incompetencia legislativa estatal, y ello constituye, como es comprensible, un límite que reduce mucho la posibilidad de impugnación. Esta competencia ha sido empleada con una cierta frecuencia, sobre todo por el Gobierno estatal, sobre todo en el período sucesivo a la reforma del título V de la Constitución, referida al ordenamiento regional.

Otras competencias de la Corte Constitucional son, la relativa a los conflictos de atribución entre los poderes del Estado y entre Estado y Regiones o entre Regiones, la de juzgar sobre acusaciones propuestas contra el Presidente de la República, por norma de la Constitución y la de valorar la admisibilidad de los referéndum abrogativos propuestos para el caso del art. 75 de la Constitución. Estas competencias presentan solamente una

analogía genérica con la constituida por la cuestión incidental, a excepción de la relacionada con las impugnaciones en vía principal de las leyes del Estado y de las regiones y de aquellas provinciales del Trentino-Alto Adige y de los estatutos de las regiones en estatuto ordinario, propuestas en la norma de los art. 123, 2 párrafo, y 127, Constitucionales y de los Estatutos regionales especiales a la adopción de una determinada interpretación de la disposición o norma impugnada, estableciendo como inadmisibles las cuestiones respecto a las cuales subsistan eventuales carencias insubsanables de orden procesal, mientras dispone la “restitución de los actos al juez *a quo*” allá donde en cambio se trate de vicios subsanables. Una norma exclusivamente jurisprudencial, es la que prevé la posibilidad de impugnar las normas de revisión constitucional por violación de disposiciones o normas de la Constitución y, en fin la que se funda en algunas posiciones de la jurisprudencia de la Corte, pero cuya plena funcionalidad parece dudosa.

La introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes ha constituido el fruto, más que del desarrollo jurisprudencial dado en los Estados Unidos desde la decisión *Marbury v. Madison* de 1803, de la elaboración de la noción de “Constitución” como complejo de reglas y de principios relativos a la estructura fundamental de un ordenamiento jurídico estatal. En las fases precedentes de la historia del derecho romano y medieval, hasta el siglo XVIII, este término había sido empleado prevalentemente con otros significados, el principal de los cuales

indicaba un acto normativo proveniente del monarca o del emperador. El nuevo significado que ese término asume en la edad del iluminismo, comportó la difusión del significado, progresivamente afirmándose en el periodo sucesivo, en el cual por constitución se entendía una constitución “liberal-democrática”, la cual comportaba la atribución al pueblo, en su forma de “cuerpo electoral”, de la función directiva de la política nacional. Esta tesis fue expresada, en particular, en el “*Federalist*”, donde fueron recogidas una serie de artículos, redactados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en 1787-88, en los cuales fue ilustrado el texto de la Constitución en ese entonces en fase de aprobación por parte de la Convención de Filadelfia. El numero 78 del *Federalist*, redactado por Hamilton, ilustró, en particular, las razones que justificaban el reconocimiento al Poder Judicial, en el cuadro de la actividad de interpretación del derecho que le es propio, de la potestad de resolver los casos de conflictos entre una disposición de la Constitución y una disposición de una ley ordinaria y, consecuentemente, de declarar la invalidez de esta última. Sobre esta afirmación fue fundado el sistema americano de control de la legitimidad de las leyes, todavía hoy vigente en aquel país, al cual muchos otros ordenamientos han mirado como un modelo a seguir.

Como sustento de este discurso, fue deducida la semejanza de la hipótesis en la cual una antinomia entre lo dispuesto por actos normativos vaya resuelta con base al momento en el cual ellos han sido dotados de fuerza vinculante *erga*

omnes y la hipótesis en la cual un acto normativo tenga fuerza de “ley superior” derivado por el modo con el cual ha sido adoptado. Como, en el caso de antinomia entre dos textos normativos que tengan igual eficacia, pero diversa fecha, es pacífico que deba prevalecer la más reciente, en cuanto expresión de una voluntad todavía vigente, así en el caso de la ley superior (demostrable en base al órgano – o al procedimiento de su adopción) ella debe prevalecer sobre una norma diversa que constituye la expresión de una voluntad menor, aun cuando sea sucesiva. De éste ligamen, entre el contenido normativo de las dos fuentes y la diversa autoridad de la cual ellas provienen, es que se deriva la institución de formas de control de constitucionalidad de las leyes, mediante la adopción de providencias jurisdiccionales que declaren la invalidez de un acto normativo al cual correspondería, de otro modo, la fuerza propia de un acto normativo de un cierto tipo y su consecuente anulación.

- 10.-** En la misma época un modelo diverso de control de constitucionalidad fue elaborado en Francia por obra de Emmanuel-Joseph Sieyès, que lo propuso a los constituyentes de su país los cuales lo adoptaron a partir de 1795: En base a este modelo, muchas veces contrapropuesto en versiones variamente modificadas, aún, el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes era requerido al mismo legislador y solo se podía ejercitar en vía preventiva, respecto al momento de la aprobación definitiva del proyecto de ley. Sin embargo, la respectiva decisión, una vez que la solicitud propuesta

contra ello hubiere sido acogida, habría vinculado definitivamente los jueces que debían aplicar la ley considerada inconstitucional. Este modelo recibiría aplicación en Francia en momentos históricos, pero no convenció nunca completamente sobre su funcionalidad, así que sus efectos prácticos resultaron muy escasos.

Una mayor eficacia fue conseguida posteriormente cuando el control fue atribuido a un órgano que la doctrina, después de un largo debate, terminó por calificar como jurisdiccional (el *Conseil Constitutionnel* previsto en 1958 por la Constitución de la 5ª República), sobre todo después de que la revisión constitucional en 1974 acordó el poder de denunciar la inconstitucionalidad de un proyecto de ley también a sesenta diputados o sesenta senadores, aún teniendo firme el carácter exclusivamente preventivo del recurso. Una ulterior revisión, aprobada en el 2009, admitió sin embargo otra hipótesis de recurso al *Conseil* que es la propuesta que mediante un recurso presentado por un juez contra una disposición legislativa vigente, que él debe aplicar para decidir un caso judicial y que superaba el control de la Corte de Casación o del Consejo de Estado (según se refiriera a una causa de competencia del juez ordinario o del juez administrativo).

Así modificado, el sistema hace posible que el control de constitucionalidad abarcara también una ley en vigor (es decir, según la terminología empleada en Francia, un control *a posteriori*), acercándolo a la disciplina vigente en los Estados Unidos, en Italia, etc. Aun cuando sea acompañada de algunas limitaciones que parecen excesivas, la

solución así congeniada hace posible que una disposición considerada inconstitucional por el órgano titular del control, venga invalidada por su inconstitucionalidad aún después de que ella ha sido definitivamente aprobada por el legislador y que está vigente como ley del Estado francés. En tal modo, han sido reducidos los motivos que hasta ese momento diferenciaban netamente este modelo del americano y de los otros que de él se habían derivado.

11. Junto a esa tradición que, sobre todo en el pasado, se había separado netamente de la desarrollada en Estados Unidos, hay que recordar la influencia de algunas experiencias precedentes realizadas en los países de lengua alemana y española mediante formas de recurso directo contra algunos tipos de actos del soberano. Soluciones de este género habían sido admitidas frente a los actos administrativos, entre los cuales eran generalmente comprendidos también actos normativos (reglamentos, ordenanzas), con referencia a los cuales se había venido a establecer una relación de jerarquía normativa, muy similar a aquél más tarde individualizado entre constitución y ley. En los países que siguieron esta solución, los institutos que fueron realizados como forma de justicia administrativa. De este tipo de análisis del problema se encuentran evidencias sobre todo en la experiencia austriaca (que fue la primera que funcionó concretamente en Europa, a partir de 1920) más que en el *amparo* español y mexicano.

El sistema previsto por el derecho alemán se caracteriza por el hecho de ser probablemente el más completo entre aquellos experimentados

hasta hoy. La competencia del *Bundesverfassungsgericht* comprende en efecto, además de los recursos de un juez sobre la compatibilidad de una ley federal o de un *Land* con una ley federal, otros casos más particulares de este género, la pérdida de los derechos fundamentales por parte de quien abusara de ellos, los recursos en materia de inconstitucionalidad de los partidos políticos, los recursos en materia electoral, las acusaciones dirigidas contra el presidente federal o contra los jueces federales o de un *Land* del *Bundestag* o del *Bundesrat*, las *Verfassungsbeschwerden* (es decir los recursos interpuestos por cualquiera que acuse una lesión por parte de los poderes públicos, de un derecho fundamental o de algunos otros derechos específicamente planteados), las dudas acerca de la inserción de una norma de derecho internacional del derecho federal alemán, los conflictos entre órganos y entre *Bund* y sobre otros casos más particulares.

12. También las competencias del *Tribunal Constitucional* español son muy bastas y comprenden la competencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes, sea sobre los recursos en vía incidental, sobre la constitucionalidad de los tratados (en vía preventiva), los recursos para la tutela de las libertades fundamentales (amparo), los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas o referidas a entes locales y análogas son las competencias de la justicia constitucional portuguesa.

Razones de tiempo impiden dedicar en esta sede un análisis más particular

a los ordenamientos de estos países y de muchos otros que han cumplido experiencias interesantes el control de constitucionalidad de la ley.

13. El paso que el legislador francés ha cumplido con la modificación constitucional del 2009, que ha permitido con una decisión del *Conseil Constitutionnel*, en ciertas condiciones, modificar con posterioridad el derecho vigente en Francia, no ha sido en cambio cumplido completamente en Gran Bretaña con el *Human Rights Act* 1998 el cual ha hecho posible la actuación en este país de las decisiones de las Cortes Europeas, cuando determinan una violación del derecho comunitario o de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre por parte del derecho inglés, pero han excluido que la cuestión de constitucionalidad enviada por un juez pueda provocar efectos directos de carácter normativo y limita tales efectos a los derivados de la indicación del problema a los órganos del poder legislativo a fin de que éste valore la oportunidad de intervenir en la materia en su forma ordinaria, cuando los jueces ingleses hayan decidido sobre la incompatibilidad entre el derecho inglés y el derecho europeo. Por ello es legítimo concluir que el principio del *judicial review* ha penetrado también en Francia, como en muchos países de Europa continental, pero no así en Gran Bretaña, donde ha sido eliminadas las razones de contraste entre la jurisprudencia inglesa y la jurisprudencia de las cortes europeas.

Por otra parte, no obstante las considerables acercamientos que se han

constatado a partir del segundo siglo, después de la guerra, entre el sistema de las fuentes propios del *common law* y el de la codificación legislativa propio del *civil law*, permanecen, si bien en forma más atenuada, la diferencia que contrapone los dos sistemas.-

14. En consecuencia, mientras en los Estados Unidos se había admitido un control de constitucionalidad desde el s. XIX, será solo en la segunda mitad del siglo XX que ello asumirá importantes niveles de aplicación en Europa, donde la doctrina inglesa que hacía el Parlamento, el principal garante de las libertades de los ciudadanos, constituía un obstáculo considerado insuperable hasta nuestros días, pero donde en todo caso la Corte Europea de Estrasburgo generalizara la tutela de los derechos fundamentales, extendiéndola a gran Bretaña, que se inspirara en ella en el *Human Rights Act* de 1998, sin que aún adoptara un verdadero y propio control de constitucionalidad de las leyes. En efecto, mientras las decisiones de acoger los órganos de justicia constitucional resultan sobre varios perfiles capaces de producir efectos similares a aquellos propios de las fuentes del derecho, las decisiones de la Corte Europea tiene eficacia solo *inter partes* y su aplicación *erga omnes* presupone su recepción por obra de una fuente estatal. Se tiene así una combinación de la tutela jurisdiccional de derecho interno estatal con la tutela internacional, cuyos efectos son ciertamente más difíciles de conseguir de aquellas propias de las decisiones de los jueces constitucionales que actúan en nombre del mismo Estado del cual se atiende a su ejecución.

Esta situación, a reforzar las tendencias favorables a la introducción del control fueron sobre todo las soluciones mixtas adoptadas en Alemania e Italia poco después del fin de la guerra (a la par de aquella ocurrida en Austria, cerca del mismo período, y de algunas de las desarrolladas en Bélgica, España, Portugal, Turquía y, más tarde, en los países del Este europeo y en muchas áreas extra-europeas), las cuales resultarían idóneas a realizar formas que, muy a menudo combinando soluciones de tipo americano y soluciones de tipo europeo, provocaron una fuerte capacidad expansiva, hasta hacer casi general la presencia de instituciones de este tipo en los ordenamientos jurídicos de los Estados contemporáneos.

Sobre todo en cuanto instituciones de garantía de los derechos de las personas, soluciones de este género se venían difundiendo en gran parte de las constituciones de los Estados hoy existentes, en el ámbito de cuyos ordenamientos jurídicos ellos desenvolvían un rol variable según las diversas situaciones que la historia de cada uno de ellos presenta y de las consecuentes modalidades que caracterizan sus afirmaciones.-

Junto a los acontecimientos desarrollados exclusivamente en un ámbito nacional, se tuvieron casos en los cuales la jurisprudencia constitucional dotada de relieve esencialmente interno se combinó con formas de jurisprudencia supranacional, dando lugar a problemas de confrontaciones entre distintos ordenamientos, que también son vinculantes, que han ampliado

considerablemente los espacios entre los cuales la disciplina específica que ha surgido para el estudio de los conflictos de normas y de juzgamientos que a menudo se derivan de ellas.

En consideración a ello, es prácticamente imposible individualizar un tipo de justicia constitucional al que pueda ser asignado el rol de modelo único (o de modelo principal) de la justicia constitucional y con referencia al cual puedan producirse verdaderos y propios trasplantes u otros tipos de influencia del género de aquellas estudiadas por los comparatistas. Muchas son en efecto las circunstancias específicas, ligadas a las tradiciones históricas y culturales de los países particulares, tales de condicionar de diferente manera el desarrollo de la política, también judicial, de los mismos.

Mas allá de las consecuencias derivadas de los ligámenes más estrechos que se han establecido entre los grupos de países que han participado en las iniciativas tendientes a vincularse sobre puntos de vista que algunas veces han inducido a la realización de formas de Estado cercanas a aquellas que comúnmente se busca reconducir a las situaciones de tipo federal, la experiencia nos demuestra como muchas circunstancias de diversa naturaleza puedan del alguna manera atenuar el aspecto de absoluta independencia que la configuración de los Estados modernos, según los principios clásicos del constitucionalismo, debería siempre caracterizarles, en línea de hecho, más que en la línea de derecho. Y, por cuanto la jurisdicción constituya probablemente

la función que los Estados singulares consideran como aquella reservada de modo más exclusivo a la propia competencia, la experiencia en los tiempos nos muestra como también ella no pueda siempre sustraerse a éste género de influencias, aún en los sectores en los cuales la soberanía de los Estados es la más celosa custodia.

Es comprensible, por una parte, como la materia constitucional sea más sensible a las exigencias de independencia que las organizaciones de tipo judicial sienten como fundamentales, pero por otra parte es innegable como, en relación a muchos países, existan tendencias las cuales, al menos sobre el perfil de las ideologías políticas, religiosas o culturales, desarrollan a menudo roles que superan los límites de los Estados. Y, en la época contemporánea, imponentes son entre ellas las experiencias de este género derivadas de factores de orden económico o político en sentido estricto. Es del todo comprensible, por tanto, como un sector como el de la justicia constitucional, que ha tenido un desarrollo reciente se presenta en muchos aspectos entrelazado con otros que tienen tradiciones más antiguas, resulte naturalmente llevado a sufrir influencias de este género.

El tema de este curso tiene como objeto principal la tutela jurisdiccional de los derechos. Esta tiene una historia, mucho más amplia y complicada de aquella de la justicia constitucional y ella constituye tan solo una premisa, poniéndose la justicia constitucional, en la época moderna, como una forma de integración de la garantía que ya

con precedencia era realizada, más o menos de manera completa, mediante la aplicación de las técnicas del derecho, a esfera de relaciones, que devenían más difíciles de controlar por el hecho de ser calificadas como políticas. Esta integración ha constituido una de las más recientes propagaciones de la aspiración de los pueblos a la justicia, que por medio de ella era prevista para comprender casi completamente también aquella esfera de las relaciones políticas que en el pasado habían sido consideradas reservadas a la esfera sobre la cual debía desarrollarse la discrecionalidad del monarca absoluto y, más tarde, aquella de la Administración Pública.

La difusión de aquél complejo de principios que buscan actuar el principio de igualdad entre las personas humanas y que por otra parte desarrollan el principio democrático, siempre ha llevado a una mayor restricción de la esfera de “insindicabilidad” que ha sido por mucho tiempo reservada a la discrecionalidad de los gobernantes y que ha comportado la individualización de la noción de “acto político”, substraído del control del juez, y más particularmente a aquella del juez administrativo o a aquella del juez constitucional. Variamente delimitada en la jurisprudencia y en la doctrina de diversos países, esta noción encuentra todavía hoy importantes modelos en la jurisprudencia americana que habla de “*political questions*” y en aquella europea que se ha desarrollado también sobre la base de presupuestos análogos.

Ello se evidencia claramente en la propagación de las técnicas que,

desde la antigüedad, los juristas habían elaborado esencialmente en el análisis de relaciones civiles, que normalmente se establecen entre ciudadanos y sobre los cuales los órganos judiciales públicos o aquellos con carácter arbitral intervienen solamente en caso de controversia o cuando ellos se enlazan con intereses públicos. En los casos en los cuales la tutela de estos últimos asume un particular relieve, se ha desarrollado, también ello desde hace bastante tiempo, la disciplina penal, que ha constituido objeto de una jurisprudencia y también de una doctrina propia, la cual ha individualizado una amplia serie de principios, que diferencian notablemente esta rama del derecho.

En muchos países, por otra parte, la gestión de los asuntos judiciales civiles y de aquellos penales ha sido confiada a un mismo cuerpo de magistrados, a menudo repartidos entre secciones civiles y secciones penales de un mismo órgano, las cuales aplican legislaciones diferentes desde el punto de vista procesal, además de aquellas lógicamente del punto de vista sustancial. En efecto, la diversidad que las dos materias presentan desde el punto de vista de la función desarrollada tienen importantes repercusiones sobre la misma estructura de las normas aplicadas en los dos casos, que responden a exigencias en gran medida diversas.

Y la diferencia entre los dos campos se manifiesta en algunas reglas muy generales comenzando con aquella que confiere al juez civil una competencia ausente de verdaderos y propios límites

pre-constituidos, permitiendo proponer a éste cualquier controversia que resulte jurídicamente configurable, aún si no está específicamente prevista por la ley, mientras que al juez penal solo puede requerirse la aplicación de las penas o de otras sanciones legalmente previstas, a solicitud de un especial órgano público, denominado “Ministerio Público”, que en algunos países está compuesto por personas pertenecientes a un mismo cuerpo al cual pertenecen aquellos a los que pueden ser confiadas las funciones propias del juez y que en todo caso son dotados de una formación ampliamente común a estas últimas.

Similar a la actividad de la justicia penal es aquella de la justicia penal militar, gestionada por un cuerpo separado de funcionarios, cuya actividad es regulada por un complejo de reglas muy similares a aquellas actuadas por la justicia penal ordinaria, pero que son muy reducidas por efecto de los acontecimientos ocurridos en las dos guerras “mundiales” del XX siglo, que han visto “rarefarsi” raramente hacerse la ocasión de participación del país en los acontecimientos bélicos.

Una función jurisdiccional que en algunos países tiene una historia al menos parcialmente diversa de aquella del “juez ordinario”, civil y penal, es aquella propia del juez administrativo, que encuentra su arquetipo más importante en el *Conseil d’Etat*, operante en Francia, también como órgano jurisdiccional, a partir de una época relativamente reciente, cuya estructura ha sido imitada en muchos países, entre ellos Italia. Destinada a completar la tutela del ciudadano frente a la Administración Pública, pero sin

eliminar todas las características que califican este particular tipo de litigante, distinguiéndolo de la generalidad de las posibles partes.

Esta especificidad que es propia de los jueces administrativos tienen repercusiones también sobre la conformación de las situaciones jurídicas subjetivas que vienen deducidas en el proceso en estos casos, que han sido ampliamente estudiados por una profunda doctrina y delimitados por una elaborada jurisprudencia, incluso como último objeto, en Italia, por una elaborada legislación.

Algunos sectores de la actividad administrativa han realizado formas diferenciadas de organización que han requerido también formas diferenciadas de tutela jurisdiccional. De ello deriva la distinción de formas de especialización, la principal de las cuales es la jurisdicción tributaria con consecuentes diferenciaciones también en la organización judicial que prevé el ejercicio relativo a sus funciones. Otras jurisdicciones dotadas de competencias particulares (por las cuales eran denominadas “jurisdicciones especiales”) y que después de la entrada en vigor de la Constitución de 1947 habían constituido objeto de reiterados cuestionamientos de constitucionalidad, han caído por efecto de decisiones de la Corte constitucional que ha advertido sobre todo carencias en las garantías de independencia referidas a sus componentes mientras otras han

sido suprimidas por el legislador por motivos análogos, así que actualmente las jurisdicciones relativas a este sector, además de la jurisdicción administrativa (Consejo de Estado y tribunales regionales), son solamente la jurisdicción tributaria y otras pocas (gestionadas por Comisiones de diversa composición).

La tutela judicial de los derechos constituye, desde un punto de vista general, todo aquel complejo de actividades que son realizadas mediante la aplicación de reglas de tipo procesal que un particular tipo de sujeto puede imponer, asumiendo el rol de juez entre los contendientes, o aquél de una autoridad que asegure la aplicación de oficio de una regla impuesta por una autoridad soberana en el marco de un sistema de reglas sobre las cuales los sometidos a un ordenamiento jurídico reconocen su autoridad.

La elaboración que los sistemas de reglas de este tipo han recibido en el curso de los siglos en las diversas partes del mundo han llevado a la distinción de las reglas que hacen posible la intervención de un juez de aquellas que regulan directamente las relaciones entre los sujetos y han clasificado las normas que disciplinan las relaciones en las cuales un sujeto se interpone entre el titular de un derecho y una o más personas que entre ellos se contraponen como titulares en sus diferencias respecto a sus respectivas obligaciones de hacer, de no hacer o de consentir.