

# LA «ACCION POPULAR» ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES. VALORACION CRITICA

POR

JOSE ALMAGRO NOSETE  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

## I

Si discutible fue para algunos la institución del Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>1</sup>, mayores grados polémicos alcanzaron determinados puntos de su regulación concreta. Entre éstos destaca la tantas veces denostada «acción popular», causa de un claro desvío normativo contrario a la Constitución, que se produjo en la Ley Orgánica de este Tribunal, con tergiversaciones del sentido de la enmienda que originó la introducción de aquélla en el texto constitucional, lo que condujo a establecer restricciones indebidas en las reglas sobre legitimación de los ciudadanos para recurrir ante la jurisdicción constitucional.

Aunque sean razones de prudencia política las que en un momento histórico lleven a desaconsejar la introducción de la «acción popular», no se deben ocultar, sin embargo, las ventajas de esta legitimación, abierta a todos, en cuanto que se erige en eficaz control democrático de los poderes públicos. Ciertamente su implantación exige un sólido grado de conciencia ciudadana. Pero a no dudarlo que la acción popular es un hermoso lujo del Derecho a cuya consecución debe tenderse como expresión máxima del reconocimiento de la «mayoría de edad» ciudadana.

<sup>1</sup> Cfr. Pérez Serrano, *La Constitución española* (9 diciembre 1931): Antecedentes, texto, comentarios, Madrid, 1932. El primero de los problemas planteados —dice— es el relativo a la creación de un organismo especial, inspirado en modelos tan dispares como el Tribunal de conflictos francés, el Tribunal de Estado alemán y el Tribunal Constitucional austríaco (pág. 324). Expone, también, las opiniones de quienes pensaban que hubiera sido preferible la creación de un alto cuerpo con funciones político-interventoras y las razones de rechazo por la Cámara que «veía conatos de Senado por todas partes» (págs. 325-326).

Fue, más general la crítica desfavorable a la amplitud de los cometidos asumidos por el Tribunal. Véase, en este sentido, Alcalá-Zamora, «Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales», en *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944: «Un Tribunal dotado de competencia amplísima lo que no quiere decir, ni mucho menos, que en su determinación se haya procedido con acierto, ya que entendiéndose en materias que tal vez no debieran estarle confiadas, y en cambio, no se les reconoce intervención en asuntos donde pareciera obligada» (pág. 505).

Con este enfoque destacaremos lo que significó la Constitución de 1931, las vicisitudes de la «acción popular» introducida y las contradicciones a las que se llegó para impedir su vigencia y, finalmente, intentaremos, desde la perspectiva iluminadora de la «acción popular», proyectar algunas enseñanzas sobre la regulación actual, que nos preocupa en lo que tiene de excesivamente cerrada y restrictiva para el ciudadano en materia de inconstitucionalidad, si bien el sistema se halla dulcificado por las posibilidades que confiere el recurso de amparo.

## II

El propio Kelsen, inspirador de las Cortes constitucionales checoslovaca y austríaca y, por tanto, del modelo de jurisdicción constitucional europeo, no ocultó su admiración por un sistema procesal capaz de dar acogida a la «acción popular». Sus palabras a este propósito son esclarecedoras: «La cuestión del modo de iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial; de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional cumple su misión de protector de la Constitución. *La más fuerte garantía consistiría ciertamente en autorizar una 'actio popularis'.*» No obstante, Kelsen no se atreve a recomendar una solución de esta naturaleza, «porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insostenible congestionamiento de procesos»<sup>2</sup>.

Estas razones, basadas curiosamente en argumentos sociológicos y no jurídicos, carecen, pese a todo, de fuerza obstativa porque suponen una prevención apriorística sobre experiencias no producidas. Se fundan más en recelos que en realidades contrastadas. Piénsese en este sentido, por lo que se refiere a la experiencia española, que dentro del campo penal, donde es posible merced a su implantación establecer los datos comparativos, los asuntos originados por «acción popular» son cuantitativamente escasos frente a los iniciados por querrela del Ministerio Fiscal o de los perjudicados directamente por el delito. Desde luego, estamos en condiciones de afirmar que la actual congestión que pesa sobre muchos Juzgados de Instrucción, especialmente en los grandes núcleos urbanos, nada tiene que ver con el ejercicio de la «acción popular» en materia penal. La posible temeridad en el ejercicio de estas acciones se encuentra paliada por la exigencia de fianzas.

Sin que quepa trasladar sin más el fenómeno de lo penal al terreno de lo litigioso constitucional, lo que puede sostenerse es que las prevenciones sobre la «acción popular» constitucional no están justificadas sin un previo análisis de su incidencia real, al tiempo que cabe también eliminar o corregir sus posibles inconvenientes o desvíos.

Cuando Kelsen escribe el trabajo que citamos, ya el Tribunal Constitucional austríaco lleva funcionando ocho años. Ha tenido ocasión prolongada, como

<sup>2</sup> Cfr. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», en *Revue du la science politique*, París, 1928, pág. 245.

magistrado del Tribunal Constitucional, de comprobar las rigideces del modelo teórico instaurado por la Constitución de 1 de octubre de 1920 que él inspiró<sup>3</sup>. Un modelo que legitima, ora al Gobierno federal, ora al Gobierno de cada una de las entidades federativas, para impugnar la inconstitucionalidad de normas locales o federales, respectivamente<sup>4</sup>.

Estas legitimaciones de carácter netamente político se avienen mal con la naturaleza independiente de la jurisdicción. No se olvide que la jurisdicción es término de un binomio indisoluble con el derecho a la jurisdicción que explica y da sentido a aquel poder del Estado. El «motor» de la jurisdicción debe obedecer a razones de satisfacción de intereses jurídicos que no siempre pueden estar connotados por conveniencias políticas.

En la primitiva fórmula kelseniana, el derecho a la jurisdicción constitucional que primordialmente corresponde a los ciudadanos está olvidado. Este derecho, que es fundamental y, como trasunto del derecho a la defensa jurídica, connatural a la persona humana, confiere un título abstracto a los ciudadanos para pedir el amparo judicial<sup>5</sup>. Su relevancia concreta depende de la legitimación. No parece suficiente que como sucedáneo del mismo se faculte exclusivamente al Gobierno (o Gobiernos) para instaurar el proceso constitucional.

Mas aquel «olvido» es una consecuencia de la lógica con que el sistema se monta: el objeto de la jurisdicción constitucional, a través del proceso constitucional, no es la aplicación al caso concreto de la Constitución —que actúa por intermedio de la legislación—, sino la anulación de la ley constitucional, cuestión abstracta que ni siquiera (pura lógica kelseniana) debe ser causa de efectos retroactivos, lo que excluye intereses directos y personales como motivos legitimantes. Debe entenderse que los Gobiernos, como gestores del bien común, son los que han de mantener el buen orden de la jerarquía normativa, aunque el incentivo que se adivina tras estas legitimaciones no sea otro que el de operar con la natural tendencia del poder a mantenerse e impedir intromisiones. Así, son los Gobiernos de las entidades federales los encargados de vigilar la constitucionalidad de las leyes federales, y el Gobierno federal el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes de aquéllas. Todo un juego de equilibrio constitucional.

En verdad, cuando Kelsen habla de «jurisdicción constitucional» está pensando más en una institución organizada como tribunal que en un propio tribunal. «Anular una ley —dice— tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es entonces una función legislativa y *el tribu-*

<sup>3</sup> Kelsen en el opúsculo antes citado reconoce la importancia de sus quehaceres como magistrado con las siguientes palabras: «El estudio busca, cuestión práctica, los mejores medios para realizarla (la jurisdicción constitucional)». El autor se apoya en este aspecto en las experiencias que ha tenido después de varios años en su calidad de magistrado y ponente permanente en la Alta Corte Constitucional de Austria (pág. 472).

<sup>4</sup> Antes de la reforma de 1929 propiciada por el mismo Kelsen, la Constitución austríaca de 1929 se limitaba a reconocer las legitimaciones expresadas. Véase Fix Zamudio, *Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, pág. 48.

<sup>5</sup> Cfr. Almagro Nosete, *Nuevos horizontes del derecho a la justicia*, Madrid, 1976, página 28.

*nal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo»*<sup>6</sup>. Y esta concepción explícita sobre el Tribunal Constitucional condiciona sin duda los planteamientos en materia de legitimación. Así como el Gobierno es el principal impulsor del proceso legislativo ante el Parlamento, así también el Gobierno (o los Gobiernos) es el impulsor del proceso legislativo negativo ante el Tribunal Constitucional.

Las diferencias del sistema kelseniano con el norteamericano son muy acusadas en este punto. No son meras apariencias externas las que distinguen a la llamada jurisdicción concentrada de la jurisdicción difusa, sino profundas divergencias estructurales que responden a filosofías dispares.

La norteamericana se basa en una radical confianza en el poder judicial y, por tanto, no se formula como cuestión la necesidad de órganos separados ni puede olvidar en el examen de la constitucionalidad de las leyes que aplica la estructura interna de la jurisdicción, que exige la existencia de un proceso sobre hechos concretos implantado por una parte contra otra, ambas con un derecho a la jurisdicción cuyo ejercicio se halla matizado por las diferentes posiciones en que se encuentran. En el sistema norteamericano aparece como un elemento del contenido del derecho a la jurisdicción el de que se pida la aplicación al caso concreto de la ley, y no de una ley cualquiera, sino de la ley constitucional. Y como otro elemento también natural del sistema —luego del esfuerzo interpretativo de John Marshall—, que es misión del oficio judicial aplicar la ley y también la Constitución, de manera que cuando surjan discordancias de una con otra debe de prevalecer la aplicación de esta última a costa de la desaplicación de aquélla.

Al no haber solución de continuidad entre la aplicación de la ley y aplicación de la Constitución, la jurisdicción, como poder unitario, no da ocasión a la modificación de los conceptos básicos, que son clave del sistema judicial. El derecho del ciudadano a la jurisdicción no se modifica o altera ni el oficio judicial experimenta un cambio cualitativo.

Por contra, en el sistema austríaco la creación de una jurisdicción constitucional obligaba a construir un derecho a la jurisdicción diferenciado y también a excluir del oficio judicial la interpretación de la Constitución para deferirla al nuevo órgano. Mas en la fórmula originaria el revestimiento formalmente jurisdiccional no se corresponde con una mentalización auténticamente judicializada sobre sus contenidos. De ahí que, paralelamente al tratamiento de una jurisdicción constitucional, no se incluya un tratamiento del derecho a la jurisdicción constitucional referido a los usuarios y destinatarios últimos de la jurisdicción, que son los ciudadanos. En esta primera etapa Kelsen parece más dominado por su ingente formación teórica de filósofo y constitucionalista que por las exigencias prácticas de los quehaceres forenses.

En una segunda etapa, el Kelsen magistrado durante ocho años del Tribunal Constitucional ha «judicializado» con la práctica su mentalidad y sus planteamientos. El impulso del Tribunal Constitucional lo busca ahora en los modos tradicionales de originación de la actividad jurisdiccional. Y en esta búsqueda surge técnicamente un nuevo modo de planteamiento del tema liti-

<sup>6</sup> Cfr. Kelsen, *op. cit.*, págs. 224-225.

gioso constitucional: la «cuestión de inconstitucionalidad» o prejudicialidad constitucional.

Hasta entonces, el sistema austríaco se caracteriza por la admisión de un recurso directo (control abstracto) en vía principal o de acción, y el sistema norteamericano por posibilitar un control concreto dentro de un proceso por vía indirecta o incidental. Kelsen propugna —aunque no lo diga expresamente— un acercamiento de su propio sistema al norteamericano, al reconocer la importancia que tiene el planteamiento de litigio sobre la constitucionalidad a propósito de la aplicación de la ley cuestionada al caso concreto, o sea, al admitir que la vía indirecta o incidental ofrece un camino eficaz para purgar de inconstitucionalidad las leyes.

Pero este descubrimiento, al articularse de una forma técnica, hace nacer ya un modo de instauración distinto del norteamericano, en cuanto que la dualidad de jurisdicciones (ordinaria y constitucional) obliga a establecer la cuestión de inconstitucionalidad como una prejudicial excluyente y suspensiva del curso del proceso principal. Paralelamente, al requerir de algún modo la valoración de la prejudicialidad constitucional de la intervención del órgano judicial ordinario, el problema de la legitimación no llega a esclarecerse con la suficiente nitidez, hasta el punto de que, en vez de colocarse el acento en el derecho de las partes a obtener la aplicación de la ley constitucional, se desplaza el centro de imputación de la legitimación a determinados órganos judiciales, en cuanto son los facultados para proponer la cuestión al Tribunal Constitucional. El principio *iura novit curiae*, atribuido al juez ordinario, aparece así limitado en el tema constitucional, y su potestad o poder de llevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional transmutado en una «legitimación», a todas luces impropia desde un punto de vista ortodoxamente procesal.

Las aportaciones de Kelsen en el trabajo que citamos se concretan en los siguientes puntos:

1.º Reconocimiento del valor que tiene el estímulo de las «partes» para promover el proceso constitucional en cuanto que esperan ventajas concretas de su demanda y, en definitiva, del resultado del proceso. A estos fines, «consiente» en admitir los efectos retroactivos de la anulación de la norma en relación con el caso concreto que suscita la cuestión. Kelsen, sin embargo, no considera que sea el derecho a exigir la aplicación de la ley constitucional y, por tanto, el derecho del ciudadano a exigir que no se aplique la ley inconstitucional la razón fundamentadora, no. Estima que es una «necesidad técnica»<sup>7</sup> para que haya interés y provocar la intervención del Tribunal Constitucional. De otra parte, pese a que antes ha afirmado la conveniencia de la «acción popular», tras rechazarla por los peligros que a su juicio conlleva, no se le ocurre tampoco conferir una acción o excepción a la persona directamente afectada; indica como solución posible la de que sean las propias autoridades judiciales y administrativas (o sólo las autoridades supremas de estos órdenes) las que puedan interponer estas demandas cuando tengan que aplicar en un proceso (o procedimiento) una norma de cuya regularidad constitucional duden<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. Kelsen, *op. cit.*, pág. 246.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

2.º Conveniencia de permitir a las partes en un proceso judicial o administrativo la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad. Una vez más, no obstante, Kelsen no lleva esta idea a sus últimas consecuencias, y al exponerla, tras señalar la oportunidad de acercar el recurso a una acción popular (en realidad, hay momentos en que parece que no distingue bien entre el mero interés de la ciudadanía y el interés directo y concreto del ciudadano afectado, según se deduce de lo que escribe a continuación); matiza el concepto, haciéndole perder su propia fuerza, con las siguientes precisiones: «No se trata de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional»<sup>9</sup>.

En resumen, establecido el acicate que representa para la voluntad de las partes su propio interés y reconocido que se debe permitir a éstas la posibilidad de plantear las cuestiones de inconstitucionalidad cuando surjan en el curso de un proceso para su elevación al Tribunal Constitucional, Kelsen fundamenta en ideas de oportunidad y en criterios técnicos los medios para restaurar el orden jurídico perturbado. Como es lógico, no considera (no puede considerar) que el fundamento sea un derecho a la jurisdicción; también un derecho a la jurisdicción constitucional. Y decimos lógico porque Kelsen es coherente con los principios que mantiene acerca del Derecho natural y consecuente con el normativismo que expone, negador de los derechos subjetivos en su *Teoría pura del Derecho*<sup>10</sup>.

Fruto de las nuevas ideas del ilustre jurista vienés son las innovaciones que en esta materia introdujo la reforma constitucional de 1929 en la Constitución de 1920, al concretar en resultados tangibles el discurso del autor acerca de los medios de iniciar el procedimiento, al admitir que tanto la Corte Judicial Suprema como la Corte de Justicia Administrativa pueden demandar la inconstitucionalidad de la ley federal o de un país en tanto que la ley referida constituya elemento de una decisión que deba dictar la Corte de quien emana la demanda, según preceptúa el artículo 140 de la Constitución austríaca tras dicha reforma.

Las referencias, pues, a las «partes», consideradas como individuos o personas particulares que bien como sujetos sin otro interés que el de su ciudadanía o bien como sujetos afectados por la aplicación de la norma pudieran directa o indirectamente reclamar ante el Tribunal Constitucional, quedaban relegadas y ni siquiera desarrolladas con carácter especulativo.

En su lugar se tutelaban «paternalistamente» los intereses concretos de un sujeto en un pleito determinado en el que fuera parte, pues si la Corte Judicial juzgaba que la norma aplicable pudiera ser inconstitucional, tenía poder para demandar esta inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No eran,

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Véase Kelsen, *La teoría pura del Derecho* (traducción G. Tejerina), México, 1979. Expone la tendencia antiideológica de la teoría pura del Derecho y, por tanto, su oposición a la teoría del Derecho natural (págs. 44 y sigs.). Más adelante señala la contradicción del dualismo derecho-objetivo, derecho-subjetivo (pág. 70). Critica la significación ideológica de los conceptos de derecho subjetivo y de sujeto del derecho y reduce, finalmente, el derecho subjetivo al objetivo, considerando los dos aspectos de la norma jurídica como deber jurídico y como facultad (pág. 78).

por otro lado, razones de satisfacción de ningún derecho subjetivo las que justificaban esta intervención, sino razones de conveniencias para que imperara la «sacrosanta» Constitución sobre normas de inferior rango. Una concepción, en definitiva, autoritaria (y anunciadora de totalitarismos) sobre el sentido y significación de la persona como sujeto del Derecho y de derechos y deberes <sup>11</sup>.

### III

El Tribunal de Garantías Constitucionales que instituyó el artículo 121 de la Constitución de 1931 (dentro del título IX, «Garantías y reforma de la Constitución», arts. 121 a 123) no fue fruto inspirado de un designio unívoco, sino resultado final de diversos ensayos y tanteos. Por eso, referirse a la legitimación durante el proceso de elaboración del texto constitucional exige siempre hurgar en las correspondencias que en cada momento se definen como funciones del Tribunal u órgano vigilante de la Constitución. Estos tanteos sobre la composición del Tribunal, los cometidos del mismo y los sujetos legitimados no autorizan, sin embargo, a desconocer el alcance genuino que se dio a la introducción *in extremis* de la «acción popular». Este alcance no estaba limitado al recurso de amparo, sino, con independencia del amparo, al que también se extendía, pensado como acción directa para promover el recurso de inconstitucionalidad.

La reflexión en torno a la conveniencia de considerar a los simples ciudadanos sujetos aptos para demandar justicia constitucional la introduce Rodolfo Reyes <sup>12</sup>, que, desde su patriótica posición de alabanza al amparo mexicano, no deja de insistir en publicaciones, conferencias, dictámenes y cartas sobre la importancia que tiene admitir a la «parte agraviada» o persona quejosa como legítimo titular del derecho a la impugnación por anticonstitucionalidad. En estudio que presentó al presidente de la Comisión Jurídica Asesora (mayo de 1931) que preparaba el borrador de la Constitución señala «que lo más grave del proyecto (se refiere a un borrador oficioso) es olvidar la función de los recursos constitucionales, trátese de amparo, de *Writ of habeas corpus* o de sus similares; aquella a la que se refieren Duguit y Millerand...: la defensa del derecho del individuo o de la corporación privada frente al Estado» <sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Véase Alonso García, «El Tribunal Constitucional austríaco», en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, 1981. Recoge la evolución de aquel órgano jurisdiccional. Al tratar de los sujetos promotores del control de constitucionalidad de las leyes, desde el sistema original que solo permitía interponer el recurso en vía principal por determinados órganos políticos, pasando por la reforma de 1929 que introdujo la vía incidental con la legitimación de órganos judiciales, hasta la legitimación de los particulares que afirmen haber sido directamente perjudicados en sus derechos por la inconstitucionalidad de una ley, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona, sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual. Para el recurso directo de particulares las normas señalan «que la demanda debe expresarse como la ley, sin recaer resolución judicial o decisión administrativa ha tenido efectividad para los mismos» (páginas 439 y sigs.).

<sup>12</sup> Cfr. Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pág. 44.

<sup>13</sup> Cfr. Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, pág. 50.

Lo cierto es que, cuando aparece el anteproyecto definitivo de la Comisión, el artículo 102 del texto incluye entre los sujetos legitimados para entablar ante el Tribunal de Justicia Constitucional los recursos o reclamaciones previstos en el artículo 100 (inconstitucionalidad de leyes y normas asimiladas, con excepción de tratados y convenios internacionales; conflictos entre Estado y regiones autónomas; juicio de amparo, responsabilidad criminal de altos cargos y validez de las elecciones) al «particular agraviado» y a las «entidades a quienes las leyes reconozcan el carácter de organismo público»<sup>14</sup>.

El origen, pues, de la inclusión de la persona agraviada como parte legítima se vincula a las reiteradas propuestas de un amparista. De aquí que en interpretaciones sobre el alcance de esta legitimación se pretendiera limitarla posteriormente a su marco propio, el amparo; mas no se puede dejar de advertir el fácil error en que cabe se incurra si se piensa en el amparo como recurso diferente del propio de inconstitucionalidad; esta diversificación que aparece entre la *beschwerde* austríaca y el recurso puro de inconstitucionalidad no se encuentra en el amparo mexicano, que es al mismo tiempo (entre otras funciones) amparo en defensa de derechos fundamentales y amparo contra leyes inconstitucionales. Así se lo explica en carta que dirige Rodolfo Reyes a don Angel Ossorio y Gallardo, presidente de la Comisión Jurídica Asesora, insistiendo una vez más en la bondad del sistema americano meramente judicialista: «Nuestro juicio de amparo revisa la inconstitucionalidad de las leyes y el funcionamiento de las órbitas de poderes, lo mismo que todos los actos de autoridad que ataquen al sujeto quejoso.» La fórmula híbrida aceptada por el anteproyecto dejaba «en pie el problema de fondo entre los dos sistemas propugnados, lo cual tuvo lamentables consecuencias»<sup>15</sup>.

En el proyecto de texto de Constitución, las funciones del Tribunal de Garantías experimentan inicialmente un sustancial recorte al desaparecer el recurso de inconstitucionalidad, sustituido ahora por una denuncia que el Tribunal dirige al presidente de la República con efectos suspensivos sobre la eficacia de la ley, en tanto éste decide confirmar el acuerdo o someter la ley a referéndum<sup>16</sup>.

La legitimación en estas condiciones tiene que estar referida al recurso de amparo. En la redacción última del proyecto de Constitución que se dictaminó, el número 5 del artículo 123 establecía que serían «competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales las personas agraviadas que ejerciten el derecho de amparo». Se observa, por tanto, en este último texto del proyecto una refundición de los conceptos persona física y persona jurídica en el más amplio de persona, un mantenimiento de la nota del agravio como elemento legitimador y una concreción al recurso de amparo de esta modalidad de la legitimación.

Pero las opiniones que existen sobre esta materia fluctúan y desaparecen

<sup>14</sup> Cfr. Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, pág. 52.

<sup>15</sup> La *Verfassungsbeschwerde* tiene un origen anterior al Tribunal Constitucional austríaco de 1920. Concretamente reconocía este medio impugnatorio la Constitución de 21 de diciembre de 1867. Véase Alonso García, *El Tribunal Constitucional austríaco*, *ob. cit.*, páginas 446-477.

<sup>16</sup> Cfr. Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, pág. 57.



en ocasiones, para volver a aparecer con nuevos matices. En estas dudas influyen, a mi juicio, diversos factores: indecisión frente al sistema a adoptar, si el norteamericano o el austríaco; insuficiente conocimiento por parte de algunos de los sistemas propugnados; titubeos motivados por la falta de práctica del control de constitucionalidad...

En este «guadiana» de soluciones reaparece durante el debate del texto constitucional el recurso sobre inconstitucionalidad, que, como hemos señalado, se había desvirtuado en el proyecto, y se altera sustancialmente el número 5 del artículo 123 al admitirse la enmienda de Balbontín<sup>17</sup>, que establece la «acción popular».

#### IV

La enmienda, leída durante el debate de las Cortes Constituyentes del día 27 de noviembre de 1931, proponía que el número 5 del artículo relativo a legitimación rezara así: «Toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada.» Se reconocía a la mera personalidad cualidad suficiente para acudir ante el órgano de jurisdicción constitucional en todos los casos. Debe de considerarse que antes de su votación ya se habían establecido en el artículo 121 las competencias que correspondían al Tribunal, entre las que se encontraba tanto el recurso de inconstitucionalidad de las leyes como el recurso de amparo de garantías individuales. Y esta precisión, junto con las motivaciones que se expresaron respecto de la enmienda, aclara —gustara o no lo que se aprobó— que la «acción popular» introducida, al votarse mayoritariamente aquélla, no se constreñía al recurso de amparo.

Al hacer uso de la palabra, el señor Balbontín, en una primera intervención para defender la enmienda, expuso su convicción en la «necesidad imperiosa de ampliar todo lo posible las garantías de los ciudadanos contra esa *probable inconstitucionalidad de las leyes*», y por esa razón propone «que no sólo las personas directamente agraviadas, sino *toda persona*, individual o colectiva, haya sido o no directamente agraviada, pueda *ejercer la acción contra una ley inconstitucional*». Insiste: «Una ley inconstitucional agravia a todos los ciudadanos, no sólo a las personas individuales a quienes vulnera en sus intereses materiales.» Establece un parangón: «Así como en lo criminal... existe y debe existir la 'acción pública' y existe también en el orden administrativo... ¿por qué no se ha de dar contra una ley inconstitucional, que es más dañina, que vulnera más a fondo el orden jurídico establecido?»<sup>18</sup>.

No es el recurso de amparo, aunque se interprete con generosidad el ámbito de su legitimación, el que sirve para interpretar lo «esencial» de la «propuesta». En efecto, el portavoz de la Comisión, señor Castrillo, señala al enmendante que en el concepto de personas agraviadas que contempla el proyecto deben incluirse tanto las individuales como las colectivas, lo que significa una amplia-

<sup>17</sup> Véase *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, viernes 27 de noviembre de 1931, Madrid, 1931, pág. 18.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 19.

ción a la legitimación y, en consecuencia, considera que aquél debe darse por satisfecho, por cuanto «el recurso de amparo se da a toda clase de personas individuales o colectivas que se encuentren agraviadas»<sup>19</sup>.

El señor Balbontín hace uso de la palabra de nuevo y aclara que «pide más»: «que todo ciudadano puede reaccionar ante una ley inconstitucional, puesto que una ley anticonstitucional es mucho más grave que un robo vulgar o que un asesinato corriente». En la réplica, el señor Castrillo continúa su referencia al recurso de amparo, y en un diálogo —que empieza a ser entre sordos— contrapone el agravio concreto de carácter personal y el agravio a la conciencia colectiva. Cuando lo que haya que defender sea la conciencia colectiva, «son cuatro órganos —el Ministerio Fiscal, los jueces, el Gobierno de la República y las regiones— los que ejercitan ese recurso». «Se ejercita, pues —remacha—, el recurso de constitucionalidad por cuatro órganos del pueblo»<sup>20</sup>.

El señor Balbontín agradece las aclaraciones del señor Castrillo, pero no se conforma y no retira la enmienda, que es sometida a votación y, finalmente, aprobada. Discrepo por ello de la interpretación que a las palabras de Castrillo da García Ruiz, considerando que «para la debida interpretación del texto constitucional valen tanto las palabras del enmendante como las del portavoz de la Comisión parlamentaria que acogió la enmienda»<sup>21</sup>.

No. Justo porque la interpretación del señor Castrillo no convenció al señor Balbontín fue por lo que hubo necesidad de votar al no retirarse la enmienda. A los efectos, pues, del elemento histórico en cuanto a la interpretación del precepto, lo que interesa son las motivaciones que prosperaron frente a las que fueron derrotadas.

Esta interpretación que mantenemos, es decir, la de la extensión de la «acción popular» al recurso de inconstitucionalidad, fue, por otra parte, la sostenida por la doctrina más autorizada, se compartiera o no el criterio adoptado. Alcalá-Zamora dice a este propósito que el artículo 123.5 «no hace otra cosa que admitir la 'acción popular' en el terreno del proceso constitucional, como ya se hiciera en la materia administrativa y mucho antes en el enjuiciamiento criminal». Aunque atribuye a un «descuido» de las Constituyentes la redacción aprobada, «cuya amplitud únicamente se explica ante el recurso de amparo», no vacila en sostener que «salvo que se infrinja la Constitución en la Ley Orgánica, cualquiera puede poner en movimiento al Tribunal de Garantías»<sup>22</sup>.

Es verdad, como afirma un autor<sup>23</sup>, que innovación de tanta trascendencia no mereció un debate enjundioso ni de altos vuelos técnicos, por lo que tacha de precipitada la elaboración final de estos preceptos de la Constitución. No

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 20.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 21.

<sup>21</sup> Cfr. García Ruiz, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, 1980, pág. 57.

<sup>22</sup> Véase Alcalá-Zamora, *op. cit.*, pág. 334. Enjuiciando la materia desde una perspectiva histórica más dilatada, J. Tomás Villarroya dice que «el sentido de la enmienda era inequívoco... Esta inserción operada con ligereza y sin las necesarias precisiones gramaticales no solo atribuye carácter popular al recurso de inconstitucionalidad sino que parecía atribuido a todos los demás recursos del artículo 121 de la Ley Orgánica» («El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español, 1931-1936», en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales de la Diputación de Barcelona*, tomo II, 1968, pág. 35).

<sup>23</sup> Cfr. Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, pág. 72.

obstante, lo que sí quedó claro en el debate —según resulta de cuanto se ha dicho— es que lo que querían los enmendantes y lo que votó favorablemente la Cámara fue que cualquier persona estuviera legitimada para acudir al órgano jurisdiccional especial que se creaba en demanda de la inconstitucionalidad de las leyes. Y esto es una acción popular sin confusiones, que, aunque hubieran existido en el período de elaboración, estaban ausentes en la justificación de lo que querían los enmendantes y fue objeto de votación.

La innovación constituye el rasgo más original del nuevo sistema de justicia constitucional aprobado. Ni el sistema norteamericano ni el austríaco, definitivo inspirador<sup>24</sup> del modelo instaurado, habían llegado a tanto. El primero, por definición, al exigir un proceso iniciado requería necesariamente de una parte afectada o agraviada por la aplicación de la norma. El segundo se nutría de una filosofía que ignoraba la grandeza de los derechos subjetivos<sup>25</sup>, aunque estos derechos, en cuanto garantizados por la Constitución por tradición antecedente de protección judicial, justificaran un recurso que podía plantear el afectado ante el Tribunal Constitucional. No son, sin embargo, los derechos fundamentales, por lo ya dicho, causa u origen de reflexión para el sistema austríaco. Cuando se piensa en la persona como centro imputador de legitimación no se hace en razón de satisfacción de sus derechos, sino en atención a que de esta manera se produce un artilugio válido para lograr una función de nomofilaquia constitucional. Con todo, y dentro de estas limitaciones con respecto al fundamento, Kelsen, según se detalló, consideró la «acción popular» como un sistema ideal. Esta idealidad fue objeto de realidad positiva en la Constitución de 1931. Y este mérito responde a la tradición de una «acción popular» ya ensayada en el campo penal.

<sup>24</sup> En la actualidad discrepa de esta opinión García Enterría, que sostiene «en el Tribunal de Garantías Constitucionales de nuestra Constitución de 1931, influye mucho más el sistema de Weimar que el austríaco», aunque no explicita las razones (*La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas en el Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 36).

En las obras clásicas coetáneas sobre el Tribunal de Garantías prevalece una opinión mayoritaria acerca de una influencia austríaca sobre la inspiración del Tribunal mayor que la debida a cualquier otro modelo. Así, Díaz de Arcaya y Miravete, reconduce las competencias concretas del Tribunal de Garantías a los precedentes austríacos (véase *El Tribunal de Garantías Constitucionales, con legislación y doctrina constituyente y constitucional*, Madrid, 1934). En el mismo sentido se manifestó Alcalá-Zamora, ob. cit., que dice que «nuestro Tribunal de Garantías está calcado sobre el patrón austríaco», pág. 512, nota 30. Citarémos, finalmente, el criterio que expuso Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión Jurídica Asesora, acerca de la inspiración austríaca del Tribunal, según recoge Reyes, ob. cit., página 112.

<sup>25</sup> Señalamos en la nota 10 las exigencias de la teoría pura del Derecho. Paradójicamente, sin embargo, la jurisdicción constitucional se ha convertido en el primer instrumento al servicio de los derechos humanos, justo por apelar a la norma suprema, en lo que tiene de superación de legalismo y de estar a medio camino entre los valores inspiradores y la rigidez de la norma escrita.

## V

Desgraciadamente, las posibilidades de constituir un sistema original de justicia constitucional naufragaron ante el temor de que la *actio popularis* se convirtiera en un instrumento temerario por lo infundado o arbitrario de su empleo u obstativo por la frecuencia de su ejercicio.

La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales brindó la ocasión que permitió a ilustres juristas cegar la originalidad de nuestro texto constitucional y dar al traste con la «acción popular» mediante un giro interpretativo que no deja de ser contradictorio, como ya he puesto de relieve <sup>26</sup>.

Desde la promulgación de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 hasta la sanción de la Ley Orgánica de 30 de junio de 1933 mediaron más de dos años y medio, lapso durante cuyo íterin las vicisitudes políticas han enturbiado y enfriado muchas buenas intenciones e idealismos.

La gestación de la Ley Orgánica pasó por varios estadios. La Comisión Jurídica Asesora, presidida por Jiménez de Asúa, preparó un anteproyecto de ley. Hubo, en segundo lugar, un proyecto gubernativo, que fue sometido a información pública por la Comisión Permanente de Justicia de las Cortes. Y, finalmente, el proyecto dictaminado por la Comisión Parlamentaria, que sustancialmente era el texto del Gobierno. En todos estos escalones fue respetada la «acción popular» para entablar el recurso de inconstitucionalidad, de conformidad con lo que mandaba la Constitución <sup>27</sup>.

El recurso de inconstitucionalidad se regulaba como una acción directa, que podía ser deducida por las personas u organismos mencionados en el artículo 123 de la Constitución, de acuerdo con determinadas reglas que se especificaban para el Ministerio Fiscal, jueces o tribunales, Gobierno, comisarios de regiones autónomas y no autónomas; el precepto concluía con una referencia a las «personas individuales o colectivas» que podrían servirse de apoderado con poder judicial <sup>28</sup>.

En los debates parlamentarios fue grande la altura doctrinal y técnica que se alcanzó gracias a las intervenciones de buenos juristas. Destacan, entre otros, los nombres de Elola, Recaséns Siches, Sánchez Román, Ossorio y Gallardo...

Especial interés revisten en este punto los criterios ofrecidos por Elola, que ordena y matiza las legitimaciones y los distintos modos de acceder al proceso constitucional <sup>29</sup>. Proponía este diputado las siguientes originaciones del recurso de inconstitucionalidad: 1) Por acción directa de anulabilidad, cuya

<sup>26</sup> Cfr. Almagro Nosete, «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, número 10, verano 1981, pág. 62.

<sup>27</sup> Véase Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, especialmente los capítulos XI al XIV, sobre «El proyecto de ley en las Cortes».

<sup>28</sup> Véase *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, correspondiente al día 23 de diciembre de 1932, Madrid, 1932, pág. 4.

<sup>29</sup> Véase *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, apéndice 1.º, núm. 346, Madrid, 1933, que recoge los votos particulares del señor Elola al dictamen de la Comisión de Justicia sobre el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, pág. 3.

impugnación podían ejercitarla el Ministerio Fiscal, el Gobierno de la República, los de las regiones autónomas, las regiones españolas no autónomas y toda persona individual o colectiva aunque no hubiere sido directamente agraviada, cualquier minoría parlamentaria y los partidos políticos legalmente reconocidos y con representación en las Cortes. 2) Como excepción perentoria, especialmente formulada por cualquier litigante, en un caso jurisdiccional concreto seguido ante los tribunales ordinarios o contencioso-administrativos. 3) Por consulta de estos mismos tribunales cuando se vean en la precisión de aplicar una norma cuya constitucionalidad estimen dudosa. 4) De oficio por el mismo Tribunal de Garantías si al conocer de cualquiera especie atribuida a su competencia se viere en la necesidad de considerar otra norma general no impugnada especialmente.

Sin embargo, frente a la posición defendida por Elola, de clara ortodoxia constitucional, se alzaban otras enmiendas que no tenían, como la explicitada, el propósito de mejorar el proyecto en línea constitucional, sino que albergaban la pretensión de corregir el sentido del texto fundamental, limitando su contenido. Así, la encabezada por el señor Ossorio y Gallardo, que para dar cumplimiento al artículo 123 de la Constitución proponía que pudieran acudir al tribunal, en consulta sobre inconstitucionalidad, sólo el Ministerio Fiscal y los jueces y tribunales, reservando a las personas individuales o colectivas, exclusivamente, el recurso de amparo de garantías individuales<sup>30</sup>.

Abrió fuego en este enfrentamiento Sánchez Román, quien sostuvo que la Constitución no había prejuzgado el sistema a seguir (norteamericano o austríaco), y de esta afirmación dedujo que habría de rechazarse rotundamente la «acción popular» para el recurso de inconstitucionalidad<sup>31</sup>. En su opinión, esta acción no estaba otorgada por la Constitución, pues ésta no quiere decir que «todos los sujetos activos que señala tengan personalidad para intervenir en todos los casos de competencia del tribunal, lo que debe determinar la ley orgánica». Y mantiene que, así como parece lógica la «acción popular» para el amparo, no lo es para la inconstitucionalidad.

Sánchez Román extrae consecuencias no queridas por el legislador constitucional de una verdad que sólo lo es a medias. Efectivamente, como señala Alcalá-Zamora<sup>32</sup>, en algunos casos la correlación sujeto legitimado-objeto de la impugnación aparece limitada por el propio texto constitucional, por lo que no puede decirse que todos los sujetos estén a todos los medios de impugnación, y en este sentido es cierta la afirmación de Sánchez Román. Mas estas limitaciones en la correspondencia sujeto-objeto resultan del propio texto constitucional y ninguna de éstas afectaba a la legitimación abierta establecida en el número 5 del artículo 123. Y este aspecto lo silencia Sánchez Román. Era un razonamiento brillante para escamotear la legitimación, pero poco resistente a un análisis científico.

<sup>30</sup> Véase *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, apéndice 2.º, núm. 346, Madrid, 1933, enmiendas del señor Ossorio y Gallardo al dictamen de la Comisión de Justicia sobre el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, pág. 1.

<sup>31</sup> Véase Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, pág. 105.

<sup>32</sup> Cfr. Alcalá-Zamora, *ob. cit.*, págs. 563 y sigs.

La interpretación restrictiva de Sánchez Román fue apoyada en el debate por Angel Ossorio y Gallardo, que, igualmente, consideró que el artículo 123 no concede «acción popular» para el recurso de inconstitucionalidad; de lo contrario, dijo, se abriría la puerta «para todos los preteridos, para todos los apasionados y, en fin, para todos los locos», idea que repite más tarde<sup>33</sup>.

Al enjuiciar aquel debate desde una perspectiva histórica llama la atención el empecinamiento con que se utilizaron banderas dialécticas que no encarnaban los valores reales que se defendían. Quizá por un razonable espíritu de simplificación, quizá también porque comportaban el uso de unos valores entendidos más allá de sus delimitaciones técnicas. Se contrapuso el sistema austríaco al sistema norteamericano en puntos que estaban fuera de aquella opción. Tal acontece con la «acción popular», no regulada por ninguna constitución para ningún tribunal constitucional del modelo austríaco, pese a la idealidad de ésta según Kelsen, que el mismo autor rechazaba por criterios de conveniencia. Mayor consistencia tenía como causa de contraposición la relativa a los efectos de la sentencia, pues, efectivamente, la nulidad de la ley es nota típica del sistema austríaco frente a la desaplicación de la misma, característica del norteamericano. Con todo, mal se puede llamar norteamericano, a pesar de las limitaciones que se establecieron a los efectos de la sentencia, a un sistema que instituía un tribunal especial, al margen de la jurisdicción ordinaria, para conocer de litigios constitucionales.

Desde luego, el sistema que al final resultó aprobado y establecido reunía suficientes elementos de originalidad como para considerarlo relativamente propio. Transformó la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad, pues le hizo perder su carácter de acción directa, y en su lugar, aunque con el mismo nombre, reguló una «excepción de inconstitucionalidad» perteneciente al titular del derecho que resultara agraviado por la aplicación de la misma, una consulta de los órganos judiciales al Tribunal de Garantías cuando dudaran de la constitucionalidad de la ley aplicable al caso concreto y un recurso del Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Garantías para el caso de que estimara que una ley aplicable al caso concreto era inconstitucional. En lo que se refiere al recurso de amparo mantuvo una legitimación abierta, puesto que correspondía éste a la persona que se considerara agraviada o cualquier ciudadano o persona jurídica, aunque en este último caso el recurrente debería prestar caución. Los efectos de las sentencias eran *inter partes* o relativos al caso objeto de consulta, salvo que la ley inconstitucional lo fuera por vicios formales de carácter esencial.

En materia de legitimación se eliminó la «acción popular» del recurso de inconstitucionalidad. Para salvar de algún modo la dificultad que planteaba el texto constitucional, que en el número 5 del artículo 123 se refería a todas las personas, fueran o no agraviadas, se endosó al recurso de amparo esta legitimación popular. Se producía una grave contradicción en los resultados al tergiversarse toda la evolución del problema. La legitimación del agraviado, típica

<sup>33</sup> Véase Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, pág. 108. Más adelante, en otra intervención Ossorio y Gallardo dice que no irán a este Tribunal las necesidades, sino las pasiones, los enconos, los derrotados en la Cámara que busquen una contrapartida y los obsesos... y los chiflados también (pág. 114).

del recurso de amparo, que había llegado a figurar con este limitado ámbito en la última redacción del proyecto de Constitución y que, justo por este enmarque condicionado, había motivado su apertura a cualquier ciudadano para posibilitar la acción directa de inconstitucionalidad, era abandonada y sustituida por la «acción popular» como único medio de dar una salida, a todas luces forzada, al incómodo precepto constitucional.

No pasó por alto esta contradicción Elola, que se expresó en estos términos al final del debate parlamentario: «Insisto en que es un contrasentido, una paradoja, una antinomia máxima que el recurso de inconstitucionalidad de las leyes no se les permite a los ciudadanos en calidad de miembros del Estado, y, en cambio, cuando se trata de defender el dominio propio de garantías exclusivas... venga cualquier ciudadano a defender lo que yo no quiero que me defiendan»<sup>34</sup>.

Por mi parte, ya he dicho en otra ocasión que la solución «no dejaba de resultar paradójica, pues justamente en una gradación de aptitudes no ofrece dudas que la naturaleza abstracta de las normas, sin perjuicio de los agravios concretos que puedan derivarse de los actos de aplicación, se presta técnicamente mejor al reconocimiento de la 'acción popular' que la naturaleza concreta de los agravios directamente afectantes a un derecho constitucional»<sup>35</sup>.

Pero de todo este ir y venir sobre la legitimación algo queda que es muy importante. El trastrueque que se opera entre la legitimación abierta (apta para el recurso de inconstitucionalidad), que se endosa al recurso de amparo, y la legitimación restringida (apta para el recurso de amparo), que se traspasa al recurso de inconstitucionalidad en su modalidad de excepción que puede proponer el titular del derecho, el trastrueque establece por primera vez, también en materia de inconstitucionalidad, un neto derecho a la jurisdicción constitucional en favor de los ciudadanos que hasta entonces, dentro de las legislaciones que se inspiraban en el modelo kelseniano, no se ofrecía (otro aspecto distinto es el del equivalente recurso de amparo). Estos modelos, que legitimaban a órganos políticos para el recurso directo y regulaban en ediciones posteriores la consulta judicial limitada a órganos supremos, no tenían presente al ciudadano ni en cuanto partícipe de un interés público en la anulación de la ley inconstitucional («acción popular») ni en cuanto ciudadano afectado por la aplicación de la ley inconstitucional (legitimación restringida).

En cambio, en el sistema español no ocurrió lo mismo. Y esta consecuencia se produjo por causa de la «acción popular». Si la «acción popular» no se hubiera introducido junto a la tradicional legitimación de quien afirma su derecho violado, difícilmente en la regulación de la Ley Orgánica se hubiera planteado problema alguno respecto a una extensión de la legitimación, que se pensaba era la clásica del amparo, y a la posibilidad de promover la inconstitucionalidad. Lo demuestra el texto de la enmienda ya citada de Ossorio y Gallardo, que excluía, en todo caso, al particular del proceso de inconstitucionalidad. La transacción, según se deduce de lo acontecido, consistió en invertir los términos: admitir la legitimación amplia para el recurso de amparo

<sup>34</sup> Cfr. Rodolfo Reyes, *ob. cit.*, pág. 118.

<sup>35</sup> Cfr. Almagro Nosete, *Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo*, op. cit., pág. 62.

y reservar la legitimación estricta para la inconstitucionalidad. Esta presumible transacción que se conjetura en el resultado final deja a las claras que todos eran conscientes del alcance general que tenía en la Constitución la «acción popular». Al mismo tiempo permite que, aun soslayada la «acción popular», fuera nuestro sistema el primero que, inspirado en el modelo austríaco, otorgara un derecho a la jurisdicción constitucional. Se podría decir que esto fue influencia del sistema norteamericano, y no se andaría descaminado. Pero forzoso es reconocer que en este sistema no existe un derecho a la jurisdicción diferenciado que permita hablar de una tutela específica, separada o desgajada de la jurisdicción ordinaria.

Este es el balance, aun sin la admisión de la «acción popular», positivo de la regulación de la legitimación en la Constitución de la II República y en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías. El ciudadano, cuando se estimara agraviado por la aplicación de una ley inconstitucional, no encontraba una barrera infranqueable entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, una barrera que sólo pudiera levantar el juez ordinario («portero» de la Corte Constitucional en frase gráfica de Calamandrei)<sup>36</sup>.

No. Esta barrera, con algunos riesgos asumidos por el ciudadano que reflejaban la seriedad de su propósito y la firmeza de su creencia en la inconstitucionalidad de la ley, podía ser cruzada para llegar directamente al Tribunal de Garantías.

En el haber de nuestra historia procesal constitucional queda, pues, la introducción de un derecho a la jurisdicción constitucional, por lo que el Tribunal de Garantías fue propia y verdadera jurisdicción. En el régimen de legitimaciones fue rechazada la legitimación abierta y acogida una restringida para la inconstitucionalidad, que había que plantear incidentalmente y confirmada la abierta para el recurso de amparo, presupuesto de cuyo ejercicio fue que hubiera sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

## VI

Tengo escrito que el derecho a la jurisdicción comprende la facultad de impugnar las leyes constitucionales<sup>37</sup>. Y también que este derecho se satisface cuando al menos puede ser instrumento eficaz para la defensa jurídica de todos los derechos<sup>38</sup>. Lógicamente, entre éstos son los fundamentales los más urgidos de tutela. Por tanto, un sistema jurídico no alcanza su justa optimización hasta que no está plenamente reconocido que el derecho a la jurisdicción permite defender los propios derechos (sean o no fundamentales) incluso frente a leyes

<sup>36</sup> Cfr. Calamandrei, especialmente en la carta dedicatoria al profesor Enrico Redenti que encabeza su famoso trabajo sobre *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil* (estudios sobre el proceso civil, Derecho procesal civil), tomo III, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pág. 23.

<sup>37</sup> Cfr. Almagro Nosete, «El libre acceso como derecho a la jurisdicción», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 14, núm. 37, 1970, pág. 20.

<sup>38</sup> Cfr. Almagro Nosete, «La protección procesal de los derechos humanos en España», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, enero-marzo, 1973, pág. 21.



constitucionales que lo lesionen o perturben. Esta deseable tutela comporta la posibilidad de defenderse a cargo del ciudadano frente a los actos de aplicación de leyes inconstitucionales en tanto en cuanto afecten a sus derechos o intereses legítimos.

Los mínimos que permiten reconocer si el derecho a la jurisdicción se encuentra satisfecho en una determinada legislación positiva no son contradictorios con un plus de tutela que haga al ciudadano partícipe de mayores responsabilidades. La «acción popular» cumple esta función. Y debe esperarse que su admisión y desarrollo progresivo en determinados campos de trascendencia pública y social se generalice<sup>39</sup>. Entre estas materias, la impugnación de leyes anticonstitucionales satisface en grado sumo aquella trascendencia.

Es verdad, sin embargo, que la «acción popular» como único y exclusivo motor de la jurisdicción no parece que deba ser la solución que se dé a la puesta en marcha y prosecución de las actividades de aquélla. El interés público que ha de satisfacerse exige mecanismos de regularidad en el planteamiento que hacen aconsejable confiar a un órgano público *ad hoc* que actúe como representante de esos intereses la promoción de las acciones correspondientes, llámese Ministerio Fiscal, Defensor de la Constitución o Defensor del Pueblo, como es llamado en nuestra actual Constitución; pero el control democrático de la «acción popular» es siempre un correctivo que impide que este poder, en definitiva delegado, se adormezca o tuerza. En este sentido, la «acción popular», entendida como supletoria o sustitutoria de la actividad del órgano oficial, merece plácemes<sup>40</sup>.

Si, a la luz de estas ideas, contemplamos la vigente Constitución española y los desarrollos legislativos que se establecen en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

1.º Con independencia de cuáles sean las personales preferencias del autor, no es recusable un sistema de justicia constitucional que no admita la «acción popular», aunque se considere una oportunidad perdida la nonata —a nivel legislativo— «acción popular» que establecía la Constitución de 1931 y se piense que su admisión, combinada con la actividad del Defensor del Pueblo, hubiera supuesto una importante conquista en la actual.

2.º Dado que en la Constitución vigente, como en la de 1931, la jurisdicción constitucional responde al modelo de órgano especializado, ha de distinguirse entre un derecho a la jurisdicción ordinaria y un derecho a la jurisdicción constitucional. Esta distinción, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de jurisdicción difusa, obliga a contemplar los litigios constitucionales en la perspectiva de una dualidad de correlativos derechos a la jurisdicción atribuibles al ciudadano. En la evolución actual del Derecho procesal aún no se ha conseguido una cláusula general de justicialidad constitucional que, en paralelo al reconocimiento constitucional del derecho a la jurisdicción ordinaria, establezca también el derecho de los ciudadanos a la jurisdicción constitucional.

<sup>39</sup> Cfr. Almagro Nosete, «El Derecho procesal en la nueva Constitución», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, octubre-diciembre, 1978, pág. 864.

<sup>40</sup> Cfr. Almagro Nosete, *Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo*, op. cit., pág. 59.

Este reconocimiento debería referirse al derecho que todo ciudadano tiene a que se le aplique la ley constitucional y, por tanto, a la facultad de impugnar la aplicación de una ley inconstitucional. Nuestra vigente Constitución no reconoce estos derechos con carácter general. Sólo la manifestación particularizada del mismo que hace referencia al amparo de determinados derechos fundamentales.

3.º En este sentido, la Constitución de 1931 y su Ley Orgánica representan un progreso respecto de la actual y Ley Orgánica correspondiente, puesto que, de modo original (cuya causa puede ser el rechazo de la «acción popular»), regula un acceso directo del ciudadano al Tribunal de Garantías cuando el dictamen del órgano judicial en el pleito concreto donde la cuestión surja sea negativo, a elevar consulta al órgano de jurisdicción constitucional sobre la adecuación de la ley a la Constitución. Esta posibilidad configura un verdadero derecho a la jurisdicción constitucional. En la vigente Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no existe un derecho semejante, pues corresponde exclusivamente a los órganos judiciales decidir si debe o no elevarse la consulta. Al justiciable incumbe, en todo caso, un derecho a proponer que se decida por la jurisdicción ordinaria acerca de la cuestión para su elevación, si procede, al Tribunal Constitucional <sup>41</sup>.

4.º En otro aspecto del contenido del derecho a la jurisdicción constitucional —de la máxima importancia—, el relativo a la protección procesal de los derechos fundamentales, tanto la Constitución de 1931 como la de 1978, con diferencias de regulación que no son del caso examinar, reconocen una tutela directa. El módulo de legitimación que establece la Constitución de 1978 (interés legítimo para los particulares) es, a nuestro juicio, más acertado que la correlativa «acción popular» que otorgó la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, de conformidad en este caso con el número 5 del artículo 123 de la Constitución. Ya hemos explicado la inversión del buen sentido jurídico que en esta materia se produjo. Mas ocurre que el desarrollo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional actual no es acertado, pues restringe inconstitucionalmente el concepto de interés legítimo <sup>42</sup>.

5.º El actual sistema español, pese a estas críticas, es aceptable en conjunto y ha de concedérsele el tiempo razonable que exige el asiento de las instituciones para que éstas decanten su actividad y consigan con la experiencia la plenitud de sus posibilidades. Sobre todo es aceptable comparado con la situación constitucional del régimen político precedente, que carecía de estos controles jurisdiccionales. Que sea aceptable no quiere decir, sin embargo, que no sea perfectible. La carencia más importante, a nuestro juicio, es precisamente la de no haber aprovechado nuestro valioso antecedente histórico, de neta originalidad, para haber permitido, con las limitaciones que impone la existencia de un litigio concreto y el juicio preliminar de la autoridad judicial, una auténtica facultad de impugnación de las leyes constitucionales en favor del ciudadano que fuera parte en el proceso, e incluso, si no se estimaba prudente la

<sup>41</sup> Cfr. Almagro Nosete, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, pág. 155.

<sup>42</sup> Cfr. Almagro Nosete, *Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo*, op. cit., pág. 67.

apertura de la «acción popular», el otorgamiento de un recurso de inconstitucionalidad directo a los ciudadanos cuando acreditaran un interés legítimo en ello.

6.º Puesto que los límites establecidos a esta jurisdicción son en gran parte constitucionales, la mejora del sistema llevaría consigo la reforma constitucional, lo que, desde luego, ni en la situación presente ni en la próxima previsible es aconsejable. Prevalece, por tanto, el bien jurídico de la estabilidad de la Constitución sobre otras consideraciones de reformas del sistema de justicia constitucional, según el viejo refrán de que «lo mejor es enemigo de lo bueno».

7.º No obstante, por encima de las razones de política legislativa que en un momento determinado induzcan al jurista a propugnar reformas o a juzgar sobre su oportunidad, cuestión de orden político y no técnico, incumbe a la doctrina indagar soluciones y ofrecer construcciones dogmáticas que permitan sistematizar en categorías generales el Derecho positivo existente y tender a su mejoramiento según las ideas que alienten tras el sistema que se propugne.

8.º Considero importantes en el momento actual de la evolución del Derecho procesal constitucional los esfuerzos encaminados a la construcción de un derecho a la jurisdicción constitucional encarado desde todas las posibles perspectivas. Una de estas perspectivas es precisamente la de la «acción popular» y sus vicisitudes; otra, no menos interesante y vinculada a la anterior, aunque sea una legitimación restringida, el acceso directo del ciudadano a la jurisdicción constitucional cuando tenga un interés legítimo en impugnar la ley inconstitucional.

Si con este artículo he contribuido a despertar alguna inquietud sobre esta materia, me doy por satisfecho.