

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales

Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile
Correo Electrónico: cecoch@utalca.cl Página Web: www.cecoch.cl

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca.

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

Consejo Editorial Nacional

Eduardo Aldunate L.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector
Universidad de Los Andes.

José Luis Cea Egaña.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Angel Fernández.

Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Alvarez.

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santafé de Bogotá.
Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico

Marcela Albornoz Dachelet

Revisión de Textos

María Cecilia Tapia Castro

Impresión

Impresora Contacto - Talca

Correo electrónico cecoch@utalca.cl

JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Giancarlo Rolla (*)

RESUMEN

El artículo analiza las finalidades esenciales del proceso constitucional, constatando en la evolución de los sistemas de jurisdicción constitucional una convergencia progresiva de modelos originalmente contrapuestos. Por otra parte, el artículo centra su análisis en la peculiaridad del control de constitucionalidad en vía incidental y la consideración de algunos institutos procesales aptos para favorecer la tutela concreta de los derechos constitucionales. El trabajo plantea y analiza el tema del control sobre la validez de la legislación anterior a la Constitución. Asimismo considera las técnicas y cláusulas de interpretación que favorecen, en los sistemas de justicia constitucional en vía incidental, una tutela concreta de los derechos fundamentales.

Procesos constitucionales. Control incidental de constitucionalidad. Institutos procesales de protección de derechos fundamentales. Técnicas y cláusulas de interpretación constitucional.

1. LAS FINALIDADES ESENCIALES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una difusión significativa de la justicia constitucional. Un desarrollo que, sobre todo en estos últimos años, ha afectado de manera homogénea a los más diversos ordenamientos jurídicos, haciendo de los Tribunales Constitucionales la institución más divulgada en las Constituciones vigentes y más típica del constitucionalismo del siglo pasado.

(*) Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Génova, Italia.
Artículo recibido el 15 de julio de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 13 de agosto de 2004.
Correo electrónico: rolla@unige.it

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado la totalidad de los países de Europa; por otro lado, el proceso de democratización que ha caracterizado a muchísimos países de Europa Oriental y de América Latina se califica por el reconocimiento de los derechos fundamentales de muchos institutos típicos del Estado de derecho, por la institucionalización de formas de justicia constitucional¹.

Entre los posibles motivos de consolidación y desarrollo de la justicia constitucional se encuentra el hecho que el proceso constitucional persigue una pluralidad de finalidades, que se pueden atribuir todas - obviamente - a la rigidez de la Constitución, al principio de la supremacía de las normas constitucionales y a la consiguiente ilegitimidad de los actos contrarios.

En primer lugar, el proceso constitucional, de conformidad con la teoría kelseniana de la Corte Constitucional como “legislador negativo”, exime al deber de asegurar la racionalidad y homogeneidad del sistema jurídico, de favorecer su íntima coherencia: no solamente anulando las normas de ley contrastantes con las de rango constitucional, sino también eximiendo la tarea de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales o bien de unificación de las orientaciones jurisprudenciales en lo que respecta a los diversos artículos de la Constitución.

Tal papel está, en algunos ordenamientos, expresamente reconocido y codificado², en otros, en cambio, aunque sea en explícitas previsiones normativas, se llega a los mismos resultados en vía de praxis: a causa de la existencia del principio del *stare decisis*, que vincula a los jueces al precedente judicial suministrado por las decisiones del juez constitucional, o en consecuencia de la *auctoritas* de la cual gozan las decisiones de las Cortes Constitucionales, de su fuerza persuasiva, del consentimiento que las mismas adquieren por parte de los operadores jurídicos y los intérpretes del derecho³.

En segundo lugar, la justicia constitucional -coherentemente con las elaboraciones en tema de “guardián de la Constitución”- se propone asegurar el equilibrio institucional

¹ Sobre las experiencias de justicia constitucional en el derecho comparado: Pegoraro L., 1998, **Lineamenti di giustizia costituzionale comparata**, Torino, Giappichelli, 39ss; G. Lombardi (cur.), 1979. **Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato**, Rimini, Maggioli. Luther J.- Romboli, R.- Terchi, R., 2000. **Esperienze di giustizia costituzionale**, Torino, Giappichelli. Fernández Rodríguez, J. Julio. 2002. **La justicia constitucional europea ante el siglo XX**, Madrid, Tecnos. Mazza, M. 1999. **La giustizia costituzionale in Europa orientale**. Padova, Cedam. Verdussen, M. (dir), 1997. **La Justice constitutionnelle en Europe centrale**, Bruxelles, Bruylant. Bartole, 1996. “Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale”, en *Quaderni cost.*, Italia, 230ss;

En América Latina si veda, véase *l'Anuario iberoamericano de justicia constitucional* la *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*. También: García Belaunde, D.- Fernández Segado, F. 1997. **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica**, Madrid, Dykinson.

² Ad esempio, il Tribunale costituzionale della Repubblica federale tedesca decide sull'interpretazione della legge fondamentale sia in occasione di controversie sulla portata dei diritti e dei doveri di un organo supremo federale, sia nei casi di divergenza di opinioni o di dubbi sulla compatibilità del diritto con la Costituzione ovvero sulla sopravvivenza di norme come diritto federale. Egualmente, il Tribunale costituzionale spagnolo è competente a correggere con le proprie decisioni che risolvono i ricorsi e le questioni di incostituzionalità la giurisprudenza dei giudici comuni.

Per ulteriori considerazioni circa la portata dell'art.164.1 Cost.spagnola si rinvia a: Rolla, G. 1986. **Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna**, Napoli, Jovene, 278ss.

³ Pizzorusso, A. 1981, ~~Commentario della Costituzione~~ **Commentario della Costituzione**, Bologna, Zanichelli, 175 ss., le sentenze di accoglimento, stante la loro efficacia *erga omnes*, debbono essere annoverate tra le fonti del diritto, mentre le *rationes decidendi* possiedono una efficacia persuasiva assimilabile a quella propria del precedente.

entre los poderes del Estado y el Estado Central las Regiones (o los Estados miembros en los ordenamientos federales). Los jueces constitucionales refuerzan su posición sistémica de defensores de la Constitución desempeñando un papel arbitral, de garante del respeto formal y sustancial del principio de la separación de los poderes, entendida ya sea en su proyección horizontal como en la vertical. Gracias a la presencia de los Tribunales Constitucionales los conflictos que surgen entre los poderes y entre los diversos niveles institucionales están canalizados en el interior de los procedimientos jurisdiccionales, en lugar de encontrar una solución de carácter meramente político⁴.

Por último, según una conocida definición doctrinal que califica a las Cortes como “jueces de las libertades”⁵, el proceso constitucional es comúnmente considerado la sede donde se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (o sea a los gobernantes), se vigila para que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución: De hecho, se debe tomar en cuenta que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales⁶.

No se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona; además, las decisiones principales de los tribunales constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de derecho y de la costumbre. Como se ha afirmado, “en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y escrita ... sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales”⁷.

En este contexto, el proceso constitucional representa la sede en la cual el ciudadano está garantizado por la Constitución a través de órganos y procedimientos específicos⁸.

2. HACIA LA PROGRESIVA CONVERGENCIA DE MODELOS ORIGINALMENTE CONTRAPUESTOS

En el pasado, los diversos sistemas de justicia constitucional han sido ordenados en base de múltiples esquemas clasificadores, de naturaleza preponderantemente dual.

⁴ Basti considerare, ad esempio: l'art. 134 Cost. secondo cui la Corte costituzionale italiana giudica sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni; l'art. 13 della legge sul Tribunale costituzionale della Repubblica federale di Germania che assegna a tale organo la competenza a decidere, tra l'altro, sulle controversie di diritto pubblico tra lo Stato centrale e i Länder, tra i diversi Länder o all'interno di un medesimo Land, nonché sulle controversie relative alla portata dei diritti e dei doveri di un organo supremo federale o di altri interessati; il Titolo IV della legge organica sul Tribunale costituzionale spagnolo il quale, intitolato ai conflitti costituzionali, disciplina tanto i conflitti tra lo Stato e le comunità autonome, quanto quelli tra gli organi costituzionali dello Stato.

⁵ Così: Cappelletti, M. 1950. **La giurisdizione costituzionale delle libertà**, Milano, Giuffrè.

⁶ Per ulteriori considerazioni si rinvia a: Rolla, G. 2002. **Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional**, México, Unam.

⁷ Così: Paladin, L. 1988, “La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici”, *en* Carlassare, L. (cur.) **Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali**, Padova, Cedam, 11

⁸ Cfr., G.D'orazio, 1988, **Soggetto privato e processo costituzionale italiano** Torino, Giappichelli, 45 ss

En relación a la determinación del órgano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes y de los demás actos que poseen fuerza de ley se ha distinguido entre sistemas difusos y centralizados. En los primeros el control es ejercido por cualquier juez el cual, utilizando en la resolución de una concreta controversia jurídica los poderes interpretativos ordinarios, puede no aplicar las normas que considera viciadas por ilegitimidad constitucional. Son, en cambio, centralizadas aquellas formas de justicia constitucional que reservan tal control a un órgano único, sea éste interno (como en el caso de las Cortes Supremas) o externo (como en la hipótesis de los Tribunales constitucionales) al orden judicial.

Considerando el momento en el cual el control de constitucionalidad puede ser ejercido, se ha diferenciado entre control sucesivo o preventivo. En el segundo caso, la verificación se opera antes de la promulgación y en la entrada en vigencia de la ley; en la primera hipótesis, en cambio, el juez constitucional se pronuncia acerca de la conformidad en Constitución de normas ya ejecutivas y aplicables.

La distinción fundamental entre control concreto y abstracto - a su vez - considera las modalidades previstas para activar el procedimiento de control. La primera hipótesis está simbolizada por los sistemas de *judicial review*, en el cual el control es llevado a cabo por el juez, en el momento de resolver una controversia determinada. El control abstracto permite, en cambio, valorar la conformidad a la Constitución de una norma de ley independientemente de la subsistencia de un contencioso judicial⁹.

En fin, cuando se tome en consideración la fuerza jurídica de las decisiones con las cuales se declara la inconstitucionalidad de una norma, se debe distinguir entre sistemas en los cuales las sentencias tienen efecto *erga omnes* o solamente *inter partes*. En los primeros la declaración de ilegitimidad constitucional determina la expulsión de las normas del ordenamiento jurídico vigente; las sentencias de inconstitucionalidad que, en cambio, tienen efecto *inter partes* convierten a las normas consideradas ilegítimas, inaplicables en el juicio o en la controversia concreta: así que la norma - aún habiendo sido considerada por el juez no conforme a la Constitución - continúa formando parte del ordenamiento jurídico y puede, en teoría, ser aplicada por parte de otros operadores jurídicos.

Las clasificaciones contrapuestas que hemos recordado anteriormente se pueden hacer remontar, a su vez, a dos modelos fundamentales: el de inspiración norteamericana (*judicial review of legislation*) y el austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Tal contraposición - como ha sido ampliamente reconstruida por la doctrina - ¹⁰ se funda en el hecho que en el primero solamente el juez constitucional es competente para

⁹ Esempi di sindacato astratto sono forniti, in Spagna, dai ricorsi di costituzionalità che possono presentare 50 deputati o senatori, il Difensore del popolo, il Presidente del governo; nella Repubblica federale tedesca, dalla richiesta inoltrata dal Governo federale, dal Governo di un Land o da un terzo dei membri della Dieta federale, affinché venga risolta una divergenza sulla compatibilità formale o sostanziale del diritto federale o dei Länder con la legge fondamentale; in Italia, dalle questioni di legittimità costituzionale in via principale o d'azione presentate dallo Stato nei confronti delle leggi regionali o delle Province autonome di Trento o di Bolzano, dalle Regioni nei confronti della legge statale, dalle Province autonome di Trento e di Bolzano qualora impugnino leggi dello Stato, della Regione Trentino-Alto Adige o dell'altra Provincia. Inoltre, si ispira interamente al modello del sindacato astratto di costituzionalità il sistema di controllo preventivo operante in Francia.

¹⁰ Si veda, da ultimo: Fernández Segado, F. *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bologna, Bonomo, 2003.

declarar con efectos generales la ilegitimidad constitucional de una norma de ley, mientras que en el segundo cualquier juez puede decidir si una norma determinada no debe ser aplicada por ser considerada en contraste con el texto de la Constitución. Más en particular, *la judicial review* se caracteriza como control difuso, concreto, con decisiones que tienen efectos *inter partes*; la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, en cambio, asume el carácter de un control de constitucionalidad centralizado, abstracto, con sentencias que tienen efectos *erga omnes*¹¹.

Tal bipartición posee una indudable relevancia histórica y didáctica; sin embargo, no parece - hoy día - capaz de describir los sistemas concretamente operantes en los diversos países, los cuales terminaron combinando elementos propios de los dos modelos, determinando varias formas de contaminación¹².

Sobre este tema, se ha hablado tanto de formas de justicia constitucional "mixta" -señaladas por la presencia contemporánea de formas concretas y abstractas, preventivas y sucesivas, *erga omnes* o *inter partes*- como de "mezcla" de modelos, o sea de experiencias que se distinguen por la presencia tanto de institutos propios del control concreto como del abstracto. Como se ha afirmado eficazmente "tras la impetuosa expansión del constitucionalismo y de la forma de Estado Liberal democrática, las maneras de hacer justicia constitucional se mezclaron y complicaron aún más": por lo cual se excluye la perdurable homogeneidad del sistema preventivo de constitucionalidad francesa, en los ordenamientos nos encontramos en presencia de sistemas mixtos y de mezclas de sistemas¹³.

Por ejemplo, el modelo italiano fue percibido inmediatamente como un tipo intermedio, que se puede incluir tanto entre los sistemas mixtos como en los híbridos. El carácter híbrido del sistema italiano se deduce del hecho que es superado el monopolio de la Corte Constitucional, dejando márgenes de apreciación a los jueces, que desempeñan una acción de filtro: se determina una coparticipación entre jueces y Corte constitucional en el proceso constitucional. A su vez, es evidente la presencia de elementos que lo distinguen aún como sistema mixto: el sistema está centralizado en el caso de leyes y actos con fuerza de ley, pero difuso cuando el objeto está constituido por una fuente de grado inferior; el control de constitucionalidad se realiza *a posteriori* en el caso de juicio en vía incidental o en caso de impugnativa por parte de las regiones de leyes del Estado, mientras es *a priori* cuando el Estado impugna un Estatuto regional; en fin, las decisiones de la Corte producen efectos *erga omnes* si son de acogida, mientras que tienen efectos solamente *inter partes* si se trata de decisiones desistematórias¹⁴.

¹¹ Rimane fondamentale il classico lavoro di: Cappelletti, M. **Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato**. Milano, Giuffrè, 1973.

¹² Per ulteriori considerazioni si veda: Rolla, G. 1986, **Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna**, Napoli, Jovene, 40 ss.

¹³ In proposito: Pegoraro L. 1998. **Lineamenti di giustizia costituzionale comparata**, Torino, Giappichelli, 27

¹⁴ Sulle caratteristiche generali del sistema italiano di giustizia costituzionale si rinvia ai classici contributi di: Zagrebelsky, G. 1988; **La giustizia costituzionale**. Bologna, Il Mulino. Mortati, C. 1964; **Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità**, Milano, Giuffrè, A.M. Sandulli, 1967. **Il giudizio sulle leggi**, Milano, Giuffrè. Esposito, C. 1964; **La validità delle leggi**, Milano, Giuffrè, Crisafulli, V. 1984. **Lezioni di diritto costituzionale**, Cedam, Padova. Pizzorusso, A. 1981. Art.134. **Garanzie costituzionali, Commentario della Costituzione**, Bologna, Zanichelli 1 ss; F. Modugno, 1970. **L'invalidità della legge**, Milano, Giuffrè. Mezzanotte, C. 1979. **Il giudizio sulle leggi**, Milano **Giuffrè**. Pierandrei, F. 1962. "**Corte Costituzionale**", *en Encl. dir.*, X, Milano.

De seguro aparecen híbridos, a su vez, los sistemas de justicia constitucional activos en Grecia y Portugal. En Grecia la previsión del art. 87.2 Constitución atribuye a los jueces la competencia a no aplicar las leyes cuyo contenido se considera contrario a la Constitución, mientras que el art. 100.1 de la Constitución atribuye al Tribunal Especial Superior la tarea de pronunciarse acerca de los procesos que tienen por objeto la constitucionalidad de leyes, aunque sobre tales disposiciones existan pronunciamientos contradictorios por parte de los órganos cumbres de la justicia ordinaria. Portugal, a su vez, prevé - de conformidad con su tradición histórica - un control difuso (art. 207), sin embargo ha sido creado también un Tribunal Constitucional cuyas decisiones prevalecen sobre aquellas de los demás tribunales o de cualquier otra autoridad.

Formas mixtas de justicia constitucional se tienen, luego, en muchos ordenamientos constitucionales de Europa oriental, donde conviven formas de control sucesivo (incidental) o con formas de control preventivo, a causa de la influencia del modelo francés (como en el caso de Rumania, Polonia, Hungría, Bulgaria y Rusia)¹⁵.

A su vez, América Latina constituye “un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional”: en algunos países coexiste el control concentrado ante un Tribunal Constitucional con el control difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina), el control sucesivo con el preventivo (Bolivia, Colombia), el control preventivo del Tribunal Constitucional con el sucesivo de la Corte Suprema de Justicia (Chile), controles de constitucionalidad y recursos de amparo¹⁶.

La experiencia comparada, además, pone en evidencia el desarrollo de dinámicas que interesan a los dos modelos principales de justicia constitucional, haciendo evolucionar los diversos sistemas hacia resultados convergentes. Por un lado, los sistemas “centralizados” parecieran abrirse a formas de convivencia con la *judicial review*, como lo evidencia la realidad del reciente constitucionalismo ibero-americano, que algunos autores han definido “difuso-concentrada”¹⁷, por el otro lado, los sistemas “difusos” registran una tendencia de las Cortes Supremas a monopolizar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, acentuando los elementos de centralización sustancial¹⁸.

En otros términos, se es de la opinión que clasificaciones rígidas basadas en las características de los institutos e instrumentos procesales estén perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. También por esta razón sectores competentes de la doctrina prefieren introducir clasificaciones inspiradas en las finalidades propias

¹⁵ Sulle esperienze europee di giustizia costituzionale; Luther J.- Romboli, R.- Tarchi, R. 2000. **Esperienze di giustizia costituzionale**, Giappichelli, Torino, Rousseau, D. 2002. **La justicia constitucional en Europa**, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales. Fernández Rodríguez, J. Julio. 2002. **La justicia constitucional europea ante el siglo XXI**, Madrid, Tecnos. Cruz Villalon, P. 1987. **La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad**. Madrid, Centro de estudios constitucionales. Favoreu L. (cord.), 1994. **Los tribunales constitucionales**, Barcelona, Ariel; M. Fromont. 1996. **La justice constitutionnelle dans le monde**, París, Dalloz. González Rivas, J. 2001. **Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional**, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales. Mazza, 1999. M. **La giustizia costituzionale in Europa orientale**, Padova, Cedam, Versussen, M. (dir), 1997. **La Justice constitutionnelle en Europe centrale**, Bruxelles, Bruylant.

¹⁶ Si veda: García Belaunde, D.- Fernández Segado, F. 1997. **La justicia constitucional en Iberoamérica**, Madrid Dykinson. Ferrer Mac-Gregor, E. 2002. **Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica**, Fundap, México.

¹⁷ Così: García Belaunde, D. 2002. **Derecho procesal constitucional**, Bogotá, Temis, 129 ss.

¹⁸ Per ulteriori riferimenti si rinvia a: Pegoraro, L. **Lineamenti di giustizia costituzionale comparata**, cit. ,55.

del proceso constitucional. Fernández Segado sugiere distinguir entre control de constitucionalidad de la ley y control con ocasión de la aplicación de la ley¹⁹, a su vez, Rubio Llorente distingue entre sistemas basados en las leyes y sistemas orientados en los derechos²⁰, mientras que Fromont diferencia entre procesos que se inspiran en una lógica subjetiva y concreta y otros que se inspiran en una lógica objetiva y abstracta²¹.

En efecto, tomando en cuenta el nexo particular que une a la justicia constitucional con la garantía de los derechos fundamentales, puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la clasificación tradicional entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes, y un modelo orientado preferentemente hacia la defensa de los derechos. En este último supuesto, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional es el de defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos, y no solo una defensa objetiva de la Constitución.

En general, se incluyen dentro de tal categoría (sistemas centrados en la defensa de los derechos): a) los sistemas de *judicial review*, b) aquellos que prevén recursos de amparo, c) los procesos constitucionales activados en base a una cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que los diferencia en su interior es el hecho que la tutela de los derechos fundamentales de la persona pueda ser directa o bien indirecta.

Se incluyen en la primera categoría los sistemas que prevén formas de recurso individual y directo contra lesiones de los derechos por parte de poderes públicos o privados, como es el caso - en Europa - de la República Federal Alemana: mientras que en Centroamérica se puede recordar, sobre todo, la experiencia fundamental de la Sala Constitucional de Costa Rica, que posee una amplia competencia en materia de habeas corpus y de recurso de amparo²².

¹⁹ Cfr., Fernández Segado, F. *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, cit., 106ss.

²⁰ Rubio Llorente, F. 1998. *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Mc Graw Hill, 161 ss.

²¹ Formont, M. 1996. *La justice constitutionnelle dans le monde*. Paris, Dalloz.

²² In merito al processo costituzionale per la tutela diretta dei diritti fondamentali in Spagna, si veda: Carrasco Durán, M. 2002. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, Cascajo Castro, J - Gimeno Sendra, V. 1988. *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, García Morillo, J. 1994. *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo blanch. Montoro Puerto, M. 1991. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*. II, Madrid, Colex. Oliver Araujo, J. 1986. *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca. Sánchez Morón, M. 1987. *El recurso de amparo constitucional*, Madrid, CE. Viver I Pi- Sunyer, C. *El proceso constitucional de amparo. La democracia constitucional*, II, Madrid, Congreso de los Diputados, 1785 ss.

Sulle caratteristiche dei *recursos de amparo y de habeas corpus en America latina*: García Belaunde, D. 2001. *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis. Hernández Valle, R. 2001. *Derecho procesal constitucional*, San José, Juricentro, 151 ss; Ferrer Mac-Gregor, E. 2002. *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa.

In una prospettiva comparata: López Pina, A. 1991. *La garantía de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid.

In Italia, si veda da ultimo: Crivelli, E. 2003. *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam.

Per quanto concerne, infine, all'esperienza tedesca si rinvia al lavoro di: Haberle, P. 2000. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, Giuffrè.

Por el contrario, se incluyen dentro de los sistemas en que la tutela de los derechos opera solamente en vía indirecta, aquellas formas de justicia constitucional que alcanzan una salvaguardia sustancial de los derechos concretamente lesionados en virtud de formas de control concreto de constitucionalidad, o de la relación particular que se instaura, en virtud de las cuestiones de legitimidad constitucional, entre juicio de constitucionalidad de las leyes y proceso que ha ocasionado el juicio del juez constitucional. Es el caso, por ejemplo, de los ordenamientos que configuran el proceso constitucional como incidente perjudicial que surge en el interior de un proceso: en este caso, el instituto procesal de la “perjudicialidad” permite, de hecho, combinar la técnica del control de tipo norteamericano con la técnica del control concentrado.

3. LA PECULIARIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VÍA INCIDENTAL

El juicio de constitucionalidad en vía incidental ha sido definido como una “hibridación” de los dos modelos más antiguos, una especie de *tertium genus* o de vía intermedia, a partir del momento en que el órgano competente en decidir es único como Austria, pero cada juez puede estar involucrado en el proceso constitucional como en los Estados Unidos²³.

El juez tiene una doble e importante competencia: la de no presentar una cuestión de constitucionalidad en el caso de que la estime “manifiestamente infundada” y la de controlar en vía exclusiva la legitimidad constitucional de los actos normativos desprovistos de fuerza de ley. Además, la lesión de un derecho fundamental puede derivarse no solo de una disposición de ley, sino también de una aplicación o interpretación no correcta de la misma. Si el juez constitucional plantea un remedio a la primera hipótesis por medio de una sentencia; en la segunda, es determinante la actividad de interpretación de adecuación de la jurisdicción ordinaria.

Esta peculiaridad influye de forma significativa en la cualidad del sistema. Este no es del todo “concentrado”, sino que presenta aspectos característicos de los modelos en los que el control de la constitucionalidad es “difuso”. Más aún, la posibilidad de anular de los jueces los actos no legislativos considerados contrarios a la Constitución produce en el ordenamiento efectos similares a aquellos que son propios del amparo constitucional. Cualquier persona que se considere lesionada en un derecho fundamental suyo puede solicitar la anulación o la inaplicabilidad del acto que ha determinado la violación de la norma constitucional²⁴.

²³ Del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale come esperienza di ibridazione dei modelli piú antichi parla, ad esempio: L. Pegoraro, **Lineamenti di giustizia costituzionale comparata**, cit., 27. Nello stesso senso: Aragón Reyes, M. “El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978”, *en Revista de estudios políticos*, 7, 1979, 174.

²⁴ Sulle caratteristiche del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, in Italia, si veda: Abbamonte, G. 1957. **Il processo costituzionale italiano, I, Il sindacato incidentale**, Napoli, Jovene. Calamandrei, P. 1950. **L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**, Padova, Cedam. Sandulli, A.M. 1967. **Il giudizio sulle leggi**, Milano, Giuffrè. Romboli, R. 1985. **Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti**, Milano. Luciani, 1984. **Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale**. Padova. AA.VV., **Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale**, Milano, Giuffrè 1990. A proposito della dottrina spagnola si rinvia a: Jimenez Campo, J. 1998. **El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español. Estudios sobre jurisdicción constitucional**, Madrid, Mc Graw Hill, 63ss; Pérez Trems, P. 1985. **Tribunal constitucional y poder judicial**. Centro de estudios constitucionales, Madrid; AA.VV.1981. **El Tribunal Constitucional**, Madrid, Inst.de estudios fiscales

Este tipo de control se define incidental porque el juicio de constitucionalidad no se instaura autónomamente, sino que surge como un incidente en el curso de un procedimiento jurisdiccional que se realiza ante un juez común: como afirma el legislador italiano el incidente de constitucionalidad sobreviene “durante el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional”²⁵. El proceso constitucional otorga al Tribunal Constitucional el deber de resolver una cuestión, una controversia cuyos términos, simplificados esquemáticamente, consisten en la duda sobre si determinadas normas derivadas de actos legislativos están enfrentadas con normas de carácter constitucional.

Aparentemente, por lo tanto, el juicio de legitimidad constitucional en vía incidental presenta los caracteres propios de un “proceso de derecho objetivo”, que tiene como fin principal, garantizar el objetivo del ordenamiento a la constitucionalidad de las leyes. Tal naturaleza del proceso constitucional parece confirmada por el hecho que la elección de privilegiar, respecto al acceso directo, una forma de instauración del juicio que haga de eje de una actividad preliminar de deliberación de parte del juez está motivada no solo por la oportunidad de introducir un filtro, para impedir que se den en el juicio de la Corte excesivas cuestiones carentes de base jurídica alguna, sino también por una cierta desconfianza con relación a los institutos típicos de la democracia directa²⁶.

No obstante, en concreto, la distinción entre sistemas objetivos o subjetivos se presenta menos neta, cuando se considera que garantía del ordenamiento y protección de las posiciones subjetivas no constituyen aspectos antitéticos, pero complementarios, sobre todo cuando se considera que el ordenamiento es más objetivo y justo entre mayor, intensa y directa sea la defensa de los derechos.

Como se ha puesto en evidencia de manera competente, en los casos en que un derecho fundamental sea lesionado por una norma de ley, “el juicio a la ley es, simultáneamente, tutela de los derechos”²⁷, o bien, como fue afirmado por García Pelayo “lo abstracto vive en lo concreto y lo concreto es la específica articulación en un caso de normas abstractas”²⁸.

El juicio sobre la constitucionalidad de la ley se efectúa a la luz de los derechos enfrentados de las partes en el proceso *a quo*; mientras la fuerza *erga omnes* de la decisión del Tribunal constitucional hace que la salvaguardia del derecho concreto que ha generado el juicio adquiera un valor emblemático para el intro-ordenamiento jurídico. Por esta razón, sectores competentes de la doctrina han definido el juicio de

²⁵ Si veda l'art.23 della legge 87/53.

Sulle caratteristiche dell'accesso in via incidentale al giudizio di legittimità costituzionale si veda, oltre agli autori citati nella precedente nota 24: Cappelletti, M. 1957. **La pregiudizialità costituzionale nel processo civile**, Milano, D'amico, M. 1991. **Parti e processo nella giustizia costituzionale**, Torino. Giacoli Nacci, P. 1963. **L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale**, Napoli, Sandulli, A.M. 1967. **Il giudizio sulle leggi**, Milano, Giuffrè. Calamandrei P. 1950. **L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Padova, Cedam. AA.VV. 2002. **Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"**, Giappichelli, Torino.

²⁶ Sull'origine storica della giustizia costituzionale in Italia, si veda: D'Orazio, G. 1981. **La genesi della Corte costituzionale**, Milano, Giuffrè. Battaglini, M. 1957. **Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi**, Milano, Giuffrè.

²⁷ Così Cruz Villalón, P. 1999. **La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución**. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 491.

²⁸ Cfr. García Pelayo, M. 1981. **El "status" del Tribunal Constitucional**, Madrid, *Revista española de derecho const.* 1,33ss.

constitucionalidad en vía incidental como “la frontera entre los dos modelos”: el objeto del litigio es la constitucionalidad de la ley en abstracto, pero el planteamiento de la cuestión prejudicial arranca de un caso concreto y tiene por objeto no el puro enunciado de la ley, sino una norma de la que resultan inmediatamente derechos y obligaciones para las partes del proceso²⁹.

En el juicio de legitimidad constitucional en vía incidental - como se manifiesta concretamente hoy día - la subjetividad de la persona entra en juego por medio de la relevancia que tiene el caso concreto en la formación de la *ratio decidendi* del juez. El caso en la base de la ordenanza de remisión puede ser resuelto según justicia solamente modificando el cuadro de las normas aplicables y el juez constitucional anula la norma de ley, ya que representa un obstáculo para hacer justicia.

Como ha afirmado eficazmente el Tribunal constitucional español, “la cuestión de constitucionalidad es un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”³⁰. El juicio de legitimidad constitucional en vía incidental permite liberar al ciudadano del *status subiectionis* en relación a una norma inconstitucional. En otras palabras, se puede afirmar que “la justificación de la cuestión de inconstitucionalidad se mueve en dos planos: impedir que el juez aplique una ley inconstitucional y evitar que se produzcan efectos inconstitucionales e inmediatos sobre posiciones subjetivas enfrentadas en un proceso”³¹.

La circunstancia, sin embargo, que la última palabra acerca de la ilegitimidad constitucional de una norma de ley le compete al Tribunal constitucional, o sea, a un juez cuyos pronunciamientos tienen eficacia *erga omnes* y resultan vinculantes para todos los operadores jurídicos, produce un efecto ulterior: que se puede sintetizar en el hecho que el juez constitucional, partiendo de casos concretos, desempeña una actividad orientada en hacer generales las exigencias de justicia proyectadas por el caso concreto; el caso concreto se vuelve ejemplar y la sentencia del Tribunal constitucional impide que una norma susceptible de lesionar derechos fundamentales de la persona, pueda continuar siendo aplicada.

Cuando un juez constitucional decide sobre una cuestión, evalúa - en verdad - un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros, tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios y del legislador.

²⁹ Così: Rubio Llorente, F. **Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa**. Estudios sobre **jurisdicción constitucional**, cit., 165.

³⁰ Si veda: STC 17/81

³¹ Così, Pérez Trems, P. **Tribunal constitucional y poder judicial**, cit., 128.

4. ALGUNOS INSTITUTOS PROCESALES IDÓNEOS PARA FAVORECER LA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Si bien es cierto que la fisonomía de los derechos de libertad asume concreción esencialmente por medio de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales³², no se puede subvaluar la importancia que asumen, por un lado, la disciplina de los modos de acceso a la justicia constitucional, y por el otro lado, los institutos en los cuales se articula el derecho procesal constitucional³³.

Los Tribunales constitucionales, a diferencia de los otros jueces, gozan en general de márgenes de discrecionalidad significativos según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, que les permiten modificar la praxis anterior o derogar las normas procesales; pueden aprobar autónomamente normas integrativas o bien adoptar decisiones procesales.

Esta flexibilidad del proceso constitucional – que ha inducido a evidenciar su carácter necesariamente político – halla una justificación en la especificidad del juicio constitucional y en la diversidad de las funciones que éste persigue. Sin embargo, la naturaleza sustancialmente jurisdiccional del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes no parece “*incirrata*” cuando se considera que: a) el control se realiza por un órgano externo al procedimiento legislativo, provisto de unos requisitos de imparcialidad y de profesionalidad muy remarcados; b) tiene lugar sobre la base de un procedimiento que presenta los caracteres típicos de un proceso; c) se concluye con una decisión admitida utilizando las técnicas propias del método jurídico.

En un proceso orientado en la tutela de los derechos fundamentales, los requisitos procesales no se deben transformar en formalismos procesales, así como la acción de necesario “filtro” que – en los juicios en vía incidental – tiene que ejercer el juez *a quo* no se debe transformar en una barrera sustancial. En otros términos, el derecho procesal constitucional tiene que asegurar una armoniosa combinación entre seguridad y flexibilidad al interpretar y aplicar los institutos procesales. Es también gracias a esta discrecionalidad según los procesos, que los Tribunales constitucionales pueden valorizar el carácter subjetivo y concreto del juicio de constitucionalidad en vía incidental.

Con el fin de asegurar una tutela efectiva de los derechos reconocidos por la Constitución, parecen relevantes la utilización de algunos institutos procesales y así mismo el recurso a particulares técnicas interpretativas. En primer lugar, asume relevancia la manera con la cual los Tribunales constitucionales determinan concretamente a los sujetos habilitados a presentar una cuestión de constitucionalidad en vía incidental. Hay que estar atentos a que un posible límite del sistema se pueda constituir por la dificultad de caracterizar, en determinados hechos específicos, a un juez capaz de presentar una cuestión de legitimidad constitucional.

Solamente así el filtro representado por la cuestión prejudicial no se transforma en un obstáculo indeseado al control de constitucionalidad, no representa un obstáculo

³² Così: Onida, V. 1999, “La corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale”, en *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1097. Rolla, G. *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, cit., 126 ss

³³ In generale sul punto: AA.VV.1988. *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè. Sulla nozione di derecho procesal constitucional, si veda Hernández Valle, R. 1997. *Escritos sobre justicia constitucional*, San José, Dike, 23ss; García Belaunde, D. 2002. *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis.

irrazonable a la posibilidad de someter una norma de ley al examen de la Corte.

Para conjurar tal riesgo se presentan como determinantes las disposiciones constitucionales en materia de tutela jurisdiccional de los derechos y también las normas que regulan el inicio del proceso constitucional en vía incidental. Las primeras - en los ordenamientos de constitucionalismo maduro - se proponen no determinar lagunas en el sistema de protección jurisdiccional: ya sea reconociendo a todas las personas la posibilidad de actuar en juicio por la tutela de sus propios derechos, ya sea admitiendo siempre la tutela jurisdiccional de los derechos lesionados por actos de poderes públicos.

Las segundas, a su vez, disponen en general que el incidente de constitucionalidad se da durante el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional. Y los jueces constitucionales están propensos a ampliar la posibilidad de acceso dando una interpretación extensiva tanto de la noción de “juez”, como de la noción de “juicio”. Por un lado, afirman que se deben comprender como “jueces” no sólo a los órganos jurisdiccionales comunes - es decir, los jueces ordinarios y aquellos especiales - sino también a aquellas autoridades que, aún no estando incluidas en el interior del orden judicial, realizan una labor objetivamente jurisdiccional. Por otro lado, precisan que la expresión “juicio” comprende a todos y cada uno de los procedimientos contenciosos realizados por un juez, siempre y cuando tengan un carácter decisorio³⁴.

A través de una interpretación extensiva de las disposiciones sobre el procedimiento, los Tribunales constitucionales intentan hacer que el individuo que se considera lesionado en un derecho constitucionalmente garantizado, pueda tener un juez a quien dirigirse. Esta exigencia es particularmente fuerte en los casos en que la lesión de un derecho afecte a individuos que se encuentran a menudo al margen del ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, los encarcelados o los extranjeros.

En segundo lugar, la concreción del juicio constitucional es favorecida por las disposiciones procesales según la relevancia y los poderes del juez *a quo* al configurar la cuestión de legitimidad constitucional. La obligación de motivar la relevancia - o sea de demostrar que el juicio en el cual está comprometido no puede definirse independientemente de la duda de constitucionalidad - induce al juez *a quo* a solicitar al juez constitucional la anulación no de “una” norma que considera abstractamente contraria a la Constitución, sino “de la” norma que tiene que aplicar efectivamente en el proceso³⁵.

Además, el juez *a quo* es - en algunos ordenamientos como el italiano - el *dominus* de la cuestión que deberá ser decidida por el Tribunal constitucional: a éste, de hecho, le compete definir el *thema decidendum* del juicio de constitucionalidad, determinando ya sea a la norma de cuya constitucionalidad duda, como la disposición constitucional que supone ha sido violada. Como precisa la normativa italiana, el juez constitucional debe decidir en los términos de la cuestión planteada y su control debe realizarse “dentro de los límites de la impugnación”³⁶. Tal aspecto del procedimiento favorece la atención por la especificidad de la situación concreta que ha dado origen al incidente de constitucionalidad, a partir del momento en que se presume que el juez *a quo*

³⁴ Sulla nozione di “giudice” e di “giudizio” è tuttora fondamentale la ricostruzione di : Crisafulli, 1984, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, p. 267 ss.

³⁵ Sulla nozione di rilevanza si veda: Pizzetti F. - Zagrebelsky, G. “Non manifesta infondatezza” e “rilevanza” nell’instaurazione incidentale del giudizio delle leggi. Milano, Giuffrè, 1974; Garcia Couso, S. 1998. *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

³⁶ Si veda, art. 27 legge 87/53

configura el *thema decidendum* en la manera que resulte más funcional para la solución del proceso en el que tiene que decidir.

La propensión de los Tribunales constitucionales en calificar el proceso constitucional en vía incidental no solo en términos de resolución de una duda de constitucionalidad, sino también como instrumento para eliminar del ordenamiento una norma cuya aplicación determinaría la lesión de un derecho fundamental de la persona, surge también del uso que otros dos institutos procesales le han dado.

Me refiero, en primer lugar, al creciente recurso por parte del juez constitucional a actividades instructorias: o sea, al incremento de la tendencia a recurrir, antes que asumir una decisión, a los poderes instructorios que la normativa determina. De tal manera, el juez constitucional puede apreciar mejor ya sea los términos efectivos del contencioso o de la cuestión que ha originado la duda de constitucionalidad, o bien los efectos prácticos originados por la sentencia, su impacto sobre la funcionalidad del ordenamiento o sobre el juicio *a quo*³⁷.

En segundo lugar, tengo la intención de hacer referencia a la estrecha relación de interdependencia que une el juicio ante el Tribunal constitucional de aquél común. Un estrecho nexo que se ha reforzado en aquellos ordenamientos en los cuales en el proceso ante el juez constitucional solamente se admite la intervención de los individuos ligados procesalmente al juicio *a quo*.

Tal posición restrictiva acentúa el nexo entre la cuestión concreta y el juicio de constitucionalidad, a partir del momento en que las partes intervienen, de norma, evidenciando aquellos perfiles de la cuestión de constitucionalidad que tienen mayor relación con los intereses del proceso *a quo*. En cambio, sería diferente la situación si la intervención procesal se pudiera extender también a otras categorías de individuos; por ejemplo a personas que, aún no estando ligadas al proceso *a quo*, tienen un interés específico en la resolución de la cuestión de constitucionalidad; o bien a individuos que solicitan intervenir en calidad de *amici curiae*, teniendo un interés en la justa resolución de la cuestión³⁸.

Además, no se puede descuidar cómo también la celeridad del proceso constitucional contribuye a favorecer la concreción del juicio en vía incidental. El elemento temporal no es irrelevante acerca de la intensidad de los efectos que las decisiones de los Tribunales constitucionales tienen para las partes que se activaron para recurrir a la justicia constitucional. Un *amparo* que es otorgado muchos años después de la presentación del recurso ofrece una tutela de los derechos fundamentales menor que una sentencia estimatoria pronunciada³⁹.

³⁷ Cfr., Groppi, T. 1997. *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*. Milano, Giuffrè.

³⁸ Vedi: Romboli, R. 198. *Il giudizio costituzionale incidentale come processo "senza parti"*, Milano, Giuffrè. D'Orazio, G. 1988. *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli. D'Amico, M. 1991. *Parti e processo nella giustizia costituzionale*. Torino, Giappichelli. Giocoli Nacci, P. 1963. *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Napoli, Jovene. Luciani, M. 1984. *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam. AA.VV. 1998, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli. AA.VV. 2002. *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*. Torino, Giappichelli.

³⁹ Gli effetti della riduzione delle questioni pendenti sul processo costituzionale sono stati approfonditi da: Caretti, P. 1989, "L'eliminazione dell'arretrato ed i nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale", en *Quaderni cost.*, p.391 ss; Romboli, R. 1991. "Il processo costituzionale dopo l'eliminazione dell'arretrato. Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio "senza processo"?", en *Quaderni cost.*, p. 612 ss.; Caravita, B. 1991. ~~La giustizia costituzionale ad una svolta~~, La giustizia costituzionale ad una svolta, Torino, p.44 ss

5. EL CONTROL ACERCA DE LA VALIDEZ DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN

Meritan la atención también las disposiciones procesales que atribuyen la competencia para decidir acerca de la validez o la aplicabilidad de las disposiciones de ley anteriores a la entrada en vigencia de una nueva Constitución. El problema aparece interesante sea desde el punto de vista de los principios que rigen la interpretación jurídica, como también bajo el perfil de los efectos que la codificación de nuevos valores produce sobre la continuidad del sistema normativo⁴⁰.

En lo que se refiere a este último aspecto, es necesario considerar que todo proceso constituyente, sanciona, por lo general, la afirmación de principios alternativos de aquellos que conforman el ordenamiento constitucional anterior; determina una diversa ponderación de los intereses, graduándolos con base en una nueva escala de valores.

La ruptura política con el pasado, expresada por las cartas constitucionales no determina, sin embargo, una cesura en la continuidad del sistema normativo, casi que si desde la entrada en vigencia de una nueva Constitución, se pudiera derivar un cese contextual de eficacia de las normas anteriores, alternativas a ésta.

En otros términos, la extinción o la superación de un determinado orden político no provoca la extinción del derecho producido por éste: las normas perpetúan sus propios efectos aún en el nuevo ordenamiento, continúan formando parte del derecho objetivo en vigencia, salvo que, en las maneras expresamente previstas, no se compruebe su incompatibilidad con disposiciones de grado superior o bien de grado equivalente, pero sucesivas. Sin embargo, la innovación constitucional plantea la exigencia política de crear una neta cesura con respecto al pasado, y así mismo depurar el ordenamiento en vigencia de las normas incompatibles, para hacerlo armónico con los preceptos constitucionales en vigencia.

La búsqueda de la autoridad competente para controlar la conformidad a la Constitución de las leyes anteriores se salda con la exigencia de garantizar la mejor manera posible la preceptividad de las normas constitucionales⁴¹. Lo que satisface, entre otras cosas, la exigencia política de afirmar de manera plena y evidente la “ruptura” que la Constitución ha señalado en relación con el pasado régimen.

Sin embargo, si la misma problemática es enfrentada según una óptica formal, ligada a las reglas generales que presiden a la interpretación del derecho, se hace necesaria una aproximación más profunda. En efecto, se podría sostener que las disposiciones anteriores a la Constitución se habían planteado válidamente, siguiendo las reglas, por lo cual deberían considerarse válidas a la luz del principio *tempus regit actum*.

Tal planteamiento, sin embargo, no se sostiene con más profundas argumentaciones. Ante todo, no se tiene que confundir entre fuente del derecho y norma jurídica. La primera solo puede surgir según el proceso de formación regulado por la disciplina

⁴⁰ Per più ampie considerazioni in merito si rinvia a: Rolla, G. **Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna**, cit., 197 ss.

⁴¹ Sulla natura immediatamente precettiva delle disposizioni costituzionali rimangono fondamentali le argomentazioni di Crisafulli, V. 1952. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**, Milano, Giuffrè, García de Enterría, 1985. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Madrid, Civitas.

en el momento vigente, por lo cual sería erróneo controlar su validez sobre la base de las normas planteadas por la Constitución sobrevenida; la norma, por el contrario, objetivándose en el sistema y adquiriendo relevancia autónoma, puede contener prescripciones incompatibles con la nueva Constitución, que - como tales - deben ser removidas utilizando los instrumentos normales que el sistema ofrece para la resolución de las antinomias normativas.

Menos cierta es, en cambio, la respuesta a dar al interrogante si el contraste entre una norma de ley anterior y una norma constitucional sucesiva configura un caso de inconstitucionalidad o bien de abrogación. La solución parece todo menos que unívoca, aunque conceptualmente la distinción entre los dos fenómenos es clara: la inconstitucionalidad brota de un juicio de invalidez, pronunciado utilizando el criterio de jerarquía; la abrogación expresa, a su vez, una situación de incompatibilidad entre normas igualmente válidas y hace referencia al elemento temporal, adhiriéndose al principio de *tempus regit actum*. La inconstitucionalidad se determina en los casos en que se comprueba que una norma no es válida; la abrogación, en cambio, supone una norma válida, pero ya no aplicable a los hechos específicos futuros por la llegada de una norma de grado equivalente, incompatible con la anterior.

En efecto, la posibilidad de recurrir al principio de abrogación o bien al de inconstitucionalidad que se ha llegado a dar, depende de las elecciones normativas realizadas en cada ordenamiento, los cuales parecen, alternativamente, atribuir la tarea de controlar las normas anteriores a la Constitución al juez constitucional, al juez común o bien a ambos. A tal propósito, puede ser útil recordar las diversas soluciones adoptadas respectivamente por Alemania, Italia y España.

En la República Federal Alemana, la Constitución ha enfrentado directamente la cuestión, introduciendo una previsión normativa que no deja márgenes de duda: según el art. 123 de la Constitución, en efecto, las leyes anteriores a la primera reunión del Bundestag quedan en vigencia ya que no son contrastantes con la ley fundamental. La orientación del Tribunal constitucional alemán favorable a reconocer la competencia del juez común sobre las leyes preconstitucionales es plenamente coherente con la carta del texto constitucional, a partir del momento en que el eventual contraste entre Constitución y leyes anteriores configura un control sobre la aplicabilidad de estas últimas.

Viceversa en el ordenamiento italiano, la VII disp. trans. de la Constitución preveía que “hasta que no entrara en función la Corte Constitucional, la decisión sobre las controversias indicadas en el art. 134 de la Constitución tendría lugar en las formas y en los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigencia de la Constitución”: tal disposición, por lo tanto, se limitaba a fijar una regla válida exclusivamente en la fase “transitoria”, en espera de la activación de la Corte Constitucional. Por lo tanto, la competencia de los jueces comunes para no aplicar las normas contrastantes con la Constitución tenía que considerarse circunscrita en un lapso de tiempo bien definido: de cualquier manera no podía reconocerse más allá del momento en que el sistema de justicia constitucional delineado por los constituyentes se hubiera completado con el nombramiento de los jueces y con la concreta constitución del colegio. A partir de tal momento, el contraste entre una ley anterior y la sobrevenida Constitución no puede ser resuelto autónomamente por el juez común, en vista de su incompetencia en controlar la constitucionalidad de las normas primarias.

En el ordenamiento español, en fin, se ha optado por una ulterior solución, diferente a las anteriores.

De la lectura del art. 163 Cont. se debiera considerar que la competencia en controlar la conformidad con la Constitución de las normas anteriores compete al juez constitucional. En efecto, el art. 163 const. impone a la autoridad judicial plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal cada vez que en el curso de un proceso considere que una norma primaria, aplicable al caso de cuya validez dependa el juicio, pueda ser contraria a la Constitución. Sin embargo, el tercer inciso de la disposición constitucional abrogativa, precisando que son abrogadas todas las normas contrarias a lo que establece la constitución, permite afirmar que el contraste entre Constitución y ley anterior puede resolverse por el juez común en sede de juicio sobre la aplicabilidad de esta última.

El Tribunal constitucional español, cuando ha tenido que medirse, en sede de examen de algunas cuestiones, con esta problemática, prefirió seguir una orientación de compromiso, proyectando, ante la contraposición entre la no aplicación o juicio de legitimidad constitucional, una solución intermedia. Después de haber precisado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad que se dio de esta última, volviéndola inválida e inaplicable, por un lado, reconoció que los juicios no deben aplicar las normas preconstitucionales que consideran en contraste con la Constitución; pero, por el otro lado, admitió que los mismos pueden igualmente plantear la cuestión ante el Tribunal según el art. 163 de la Constitución.

En derogación parcial al principio de unicidad de la jurisdicción constitucional, el Tribunal constitucional español ha delineado un sistema binario el cual reconoce la competencia exclusiva del juez constitucional solo según la legitimidad de las leyes emanadas posteriormente a la Constitución.

A la luz de las diferentes posiciones asumidas por los ordenamientos según la relación entre nueva Constitución y leyes anteriores se pueden sintetizar algunas consideraciones generales acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva del proceso constitucional en vía incidental.

En los ordenamientos que excluyen la competencia de los jueces para controlar la ilegitimidad de las leyes anteriores a la Constitución, la garantía sustancial de los derechos fundamentales de la persona topa con una laguna no secundaria, especialmente en aquellos contextos en los cuales el ejercicio del poder constituyente expresa una voluntad de ruptura y de democratización con respecto al pasado⁴². En tal caso, en efecto, las nuevas normas constitucionales no podrían manifestar en sentido pleno la propia preceptividad, inhibiendo la aplicación de normas del pasado régimen que lesionan los derechos fundamentales de la persona.

En cambio, en los ordenamientos que optan por la doble competencia del Tribunal constitucional y de los jueces al valorar la conformidad en Constitución de las normas anteriores se introduce una especie de diferenciación de los papeles. Por un lado, los jueces, no aplicando la norma en el caso concreto, ofrecen una tutela directa de cada posición subjetiva; por el otro lado, el Tribunal constitucional, declarando con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad que se ha dado, desempeña un papel de garante

⁴² Sul punto si veda: Rolla, G. 2002. "Luces y sombras de la experiencia de las transiciones pactadas. Breves consideraciones sobre los límites de la Constitución vigente de Chile", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 72 ss; Ceccherini, E. 2003. *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Giuffrè, Milano, 19ss.

abstracto del ordenamiento constitucional en sentido objetivo, depurándolo de las normas ilegítimas.

En fin, en el caso de los ordenamientos que reservan tal competencia al juez constitucional, permanece la doble naturaleza del control de constitucionalidad en vía incidental, donde pueden prevalecer los perfiles concretos o abstractos del control según como sean interpretadas y aplicadas las reglas procesales.

6. TÉCNICAS Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN QUE FAVORECEN, EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL, UNA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La concreción del juicio de constitucionalidad en vía incidental puede ser facilitada también por la utilización por parte de los jueces constitucionales de particulares técnicas de interpretación del dictado constitucional: entre las cuales se distinguen las sentencias de tipo interpretativo y el recurso a la noción de “derecho vivo”.

La demanda de justicia que se encuentra en la base de los procesos y que es filtrada por el juez *a quo* se funda en el supuesto que las exigencias de justicia que deben ser aseguradas en el caso concreto no pueden satisfacerse sin eliminar del ordenamiento una determinada disposición o bien una posible interpretación.

Es intuitivo que los sistemas en vía incidental funcionan excelentemente donde se logra instaurar una “relación comunicativa” entre los dos jueces comprometidos en el proceso: el juez común (*juez a quo*) y el juez constitucional (*juez ad quem*)⁴³. El diálogo es alimentado por el hecho que tales individuos intervienen en el proceso, haciéndose portadores de instancias diferentes, pero concomitantes. Las finalidades perseguidas no coinciden, a partir del momento en que, por un lado, el Tribunal constitucional se propone hacer el ordenamiento jurídico homogéneo a los valores y a los derechos codificados en las cartas constitucionales; mientras que, por el otro lado, los jueces están interesados en remover aquellas normas cuya aplicación impediría resolver según la justicia el caso objeto de juicio.

Sin embargo, tal diversidad de objetivos no impide que entre juez constitucional y jueces comunes se instaure una relación de colaboración. En efecto, el Tribunal constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma de ley solamente si el proceso es activado por un juez en el curso de un juicio; a su vez, el juez puede no aplicar una norma lesiva de posiciones subjetivas constitucionalmente garantizadas solamente tras un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal constitucional.

La comunicación entre quien inicia el proceso y quien lo concluye se da en varios planos.

⁴³ Circa i rapporti tra giudici a quo e giudice costituzionale si rinvia ai lavori di: Gardino, A. 1988, **Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi**, Milano, Giuffrè. Onida, V. 1977. “L’attuazione della Costituzione tra magistratura Corte costituzionale”. En **Scritti in onore di Costantino Mortati, IV**, Milano, Giuffrè; AA.VV., **Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale**, Giuffrè, Milano, 1990.

⁴⁴ Sugli effetti formalmente o sostanzialmente vincolanti della giurisprudenza dei Tribunali costituzionali si rinvia a: Rolla, G. **Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna**, cit., 278ss; Anzon, A., 1995. **Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi**, Milano, Giuffrè, Calvo García, **El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español**. 1985. De la jurisprudencia del Tribunal constitucional, Zaragoza, 309 ss;

Por un lado, los principios del derecho y la interpretación de las normas constitucionales suministrada por el Tribunal constitucional - sin representar en sentido estricto un precedente - adquiere valor vinculante para los jueces que deben aplicar directamente la Constitución o decidir sobre la aplicación de los actos carentes de fuerza de ley⁴⁴. Por otro lado, el acto de resolver una cuestión de constitucionalidad, el Tribunal constitucional tiende a valorar la disposición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado que resulta de su operatividad concreta en el sistema jurídico. Se refiere, en otras palabras, al derecho vivo, el cual se origina, en particular, de la interpretación y de la aplicación que de él han hecho los jueces comunes, en particular el Tribunal Supremo⁴⁵.

La referencia a la norma como vive y opera concretamente en el tiempo, constituye una evidente crítica a las posiciones originaristas, las cuales ligan la interpretación de las disposiciones constitucionales al significado atribuido por los constituyentes, sin considerar que los jueces constitucionales no son el guardián de un museo: los jueces constitucionales aplican en la actualidad las disposiciones constitucionales sin limitarse a su interpretación original, sino actualizándolos atendiendo a los cambios sociales, políticos, económicos e ideológicos.

Además, el diálogo entre los “dos jueces” está alimentado por la circunstancia que los jueces *a quibus* poseen algunos márgenes de discrecionalidad antes de plantear la cuestión de constitucionalidad. Por ejemplo, el juez puede buscar, entre las posibles interpretaciones, aquella conforme a la Constitución, evitando plantear la cuestión ante la Corte constitucional: operando de esta manera utiliza las normas constitucionales como cánones legales de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente y puede llegar a tal resultado haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal constitucional.

A su vez, el juez constitucional puede solicitar al juez *a quo* interpretar una disposición de ley de manera conforme a la constitución adoptando una ordenanza o una sentencia. En el primer caso, considera la cuestión inadmisibile en cuanto a que el juez *a quo* puede autónomamente resolver el proceso ya que es posible atribuir a la disposición que debe aplicar un significado conforme a la Constitución. Luego, en la segunda hipótesis, el juez constitucional concluye el proceso constitucional con una sentencia interpretativa desestimatoria. En tal caso, el juez constitucional declara la cuestión no fundada, por lo que a la disposición impugnada se le puede atribuir un significado normativo diferente de aquel recabado por el juez, pero conforme a la Constitución.

En otras palabras, entre los posibles significados que una disposición puede asumir, el Tribunal Constitucional elige el que lo hace compatible con la Constitución, dejando de lado aquellos que habían inducido a dudar de la constitucionalidad de la ley.

La atribución a la disposición de un significado particular no tiene eficacia *erga omnes*; la interpretación de la Corte no es vinculante y se puede imponer sólo gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o a la autoridad de la que disfruta dicho órgano colegial. Un vínculo jurídico se puede encontrar por parte del juez que ha planteado la cuestión en vía incidental: éste no puede aplicar más, en el curso del

⁴⁵ Sulla nozione di diritto vivo cfr., Anzon, A. 1984, *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, Giur. cost., p. 300ss; Pugiotto, A. 1994; *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano. Sagrebelsky, G. 1988. *La dottrina del diritto vivente, Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano.

proceso, la disposición impugnada, atribuyéndole el significado originario; si confirmase, de hecho, tal interpretación, se vería obligado a aplicar una norma de dudosa constitucionalidad.

Bajo otro perfil, la cuestión de constitucionalidad puede ser utilizada no tanto para abrir un juicio sobre una disposición, sino contra una interpretación de la misma. De tal manera - cuando la duda de constitucionalidad sea acogida -, por un lado, se permite al juez *a quo* resolver la controversia utilizando una norma más coherente con lo que dicta la Constitución; por el otro, se ejerce en relación al ordenamiento jurídico en general una función de unificación interpretativa de una norma de ley.

En estos casos, el Tribunal constitucional concluye el juicio adoptando, en general, sentencias interpretativas, que constituyen el mejor instrumento que el juez constitucional tiene su disposición para hacer que el juicio sobre la ley se adhiera lo más posible a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional. Entre éstas, asumen particular relevancia las sentencias interpretativas estimatorias y las sentencias aditivas.

Las primeras consienten al juez de la constitucionalidad de las leyes elegir, entre los posibles significados que se pueden extraer de una disposición, aquel que es incompatible con la Constitución y declararlo inconstitucional, salvando a todos los demás. Con la sentencia interpretativa estimatoria, el Tribunal constitucional elimina del ordenamiento jurídico no a la disposición entera, sino a uno de sus posibles significados, o mejor dicho, a una de las normas que puede ser desnucleada; la disposición sigue siendo aplicada y produce sus efectos, con la excepción de la norma considerada inconstitucional⁴⁶.

Las sentencias aditivas, a su vez, se caracterizan porque, aún declarando la inconstitucionalidad de la norma, producen efectos positivos, es decir, introducen en el ordenamiento normas “nuevas” que inicialmente no se obtienen del texto normativo⁴⁷.

Semejante tipo de sentencias contradice la convicción inicial de Kelsen, según el cual el juez constitucional podía ser asimilado a una clase de “legislador negativo”: con estas sentencias se transforma, sin embargo, en un creador de normas, por ejemplo, cuando el juez constitucional declara la ilegitimidad de una disposición “en los casos en que no prevé una determinada reglamentación de la materia”. El carácter innovador o aditivo de estas sentencias es evidente, desde el momento en que el Tribunal constitucional declara la ilegitimidad constitucional, añade una norma a aquellas ya previstas por el legislador, inicialmente.

Se trata de tipologías de sentencias a las cuales el juez constitucional recurre para ponderar mejor los efectos de sus propias decisiones y para calibrar el impacto que pueden producir en el ordenamiento jurídico y las consecuencias en relación del juicio *a quo*.

⁴⁶ Sulle caratteristiche e sugli effetti delle sentenze interpretative si veda: Martín De La Vega, A. 2003. **La sentencia constitucional en Italia**. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales. Pizzorusso, A. **Garanzie costituzionali**, cit., 175 ss.

⁴⁷ Sulla tipologia delle sentenze additive si veda, da ultimo, il lavoro di Parodi, G. 1996. **La sentenza additiva a dispositivo generico**, Torino, Giappichelli.

Luego, las sentencias interpretativas, permiten actuar mejor los principios *pro homine* y *pro libertatis*, en base al cual las disposiciones deben ser interpretadas de la manera más favorable a la persona humana: en consecuencia, deben ser interpretadas extensivamente aquellas que favorecen a la persona humana y restrictivamente aquellas que introducen limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. En otros términos, en el caso de disposiciones susceptibles de recibir diferentes interpretaciones, se debe utilizar la interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, más favorable al recurrente en el proceso *a quo*⁴⁸.

Los casos procesales que hemos recordado evidencian cómo en los procesos constitucionales en vía incidental la defensa de un derecho fundamental no se enfrenta en términos abstractos, pero se ejerce por medio de un control lo más cercano posible a las situaciones en que las vulneraciones de las libertades se producen, apreciando concretamente las consecuencias de la ley, evaluando ya sea el contexto social de cada asunto, como también las características del caso concreto que ha originado la cuestión de constitucionalidad.

Esta atención a la concreción es particularmente evidente en los casos en que el parámetro constitucional del juicio está representado por el principio de igualdad o de proporcionalidad⁴⁹, a partir del momento en que el juez constitucional, en el acto de valorar la razonabilidad de las elecciones realizadas por el legislador, difícilmente puede prescindir de un examen atento del impacto que la aplicación de la disposición provoca sobre las posiciones subjetivas que han originado el juicio *a quo*.

La atención al derecho concretamente lesionado induce, además, al juez constitucional a considerar que la inconstitucionalidad puede derivarse no solamente de la presencia de una norma en el ordenamiento, sino también de su ausencia, o sea, de la existencia de una laguna normática. En tal caso, el juez constitucional recurre a una sentencia de inconstitucionalidad de tipo aditivo, declarando una ley contraria a la Constitución “en cuanto a que no prevé una determinada disciplina”.

7. CONSIDERACIONES FINALES

7.1. El siglo pasado se ha caracterizado por una amplia difusión de la justicia constitucional y entre los motivos de tal desarrollo se debe tomar en consideración el hecho que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales.

7.2. La evolución de la justicia constitucional ha hecho que los sistemas concretamente operantes en los diversos ordenamientos corresponden siempre menos a las tradicionales, históricas clasificaciones, las cuales están perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. De ahí la oportunidad de introducir otras clasificaciones inspiradas en las diferentes finalidades del proceso constitucional.

⁴⁸ Si veda: Hernández Valle, R. **Derecho procesal constitucional**, cit. ,90.

⁴⁹ Si veda, anche per ulteriori riferimenti: AA.VV. 1994. **Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale**, Milano, Giuffrè. Si veda anche: AA.VV., 1998. **El principio de proporcionalidad. Cuadernos de derecho público**, 5.

En este contexto, puede ser útil distinguir entre un modelo que se proponga principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes y un modelo orientado preferentemente hacia la defensa de los derechos.

7.3. El juicio de legitimidad constitucional en vía incidental presenta aparentemente los caracteres de un proceso de derecho objetivo, cuyo fin es el de garantizar el interés del ordenamiento en la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, no se debe olvidar que el nexo particular que une la decisión del Tribunal constitucional al juicio *a quo* a través del requisito de la relevancia, hace entrar en juego las posiciones subjetivas y los derechos que son objeto del proceso común.

Por esto, el juicio en vía incidental puede ser considerado la frontera entre los sistemas abstractos y aquellos que ofrecen una tutela de los derechos fundamentales. El juez constitucional, cuando decide acerca de una cuestión de constitucionalidad, asegura la protección del derecho concreto del demandante, pero, al mismo tiempo declarando inconstitucional una norma de ley, vuelve generales las exigencias de justicia planteadas en el caso concreto.

7.4. La discrecionalidad que los jueces constitucionales poseen, según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, atribuye al proceso en vía incidental una cierta flexibilidad: la cual consiente al Tribunal constitucional reservar mayor atención a las posiciones subjetivas objeto del proceso *a quo*.

Entre los principales institutos procesales que favorecen la concreción de tal proceso constitucional podemos especificar:

- a) la interpretación extensiva de la noción de juez y de juicio;
- b) los poderes del juez *a quo* al determinar el *thema decidendum*;
- c) el desenvolvimiento, por parte del Tribunal constitucional, de actividades instructorias;
- d) la admisibilidad como parte del proceso constitucional solamente de las partes del juicio *a quo*;
- e) la rapidez de los tiempos procesales.

7.5. La naturaleza subjetiva del proceso constitucional en vía incidental puede surgir también de la manera en que los diversos ordenamientos disciplinan la posibilidad de controlar las normas anteriores a la Constitución. Los procesos constituyentes codifican, en general, principios y valores alternativos a aquellos que conforman el ordenamiento anterior, y la ruptura política con el pasado requiere la plena preceptividad de las nuevas disposiciones constitucionales y la consiguiente posibilidad de controlar las leyes anteriores.

Las soluciones a adoptar pueden ser múltiples. Por un lado, se puede optar por el instituto de la inconstitucionalidad que se ha dado, de la abrogación o de la no aplicación de las normas anteriores incompatibles. Por el otro, se puede reservar la competencia sea a los jueces comunes, sea al Tribunal constitucional, sea a ambos órganos. La amplitud de la garantía concreta de los derechos fundamentales varía, obviamente, según la solución elegida con anterioridad.

7.6. El control de legitimidad constitucional en vía incidental opera muy bien si se instaura una relación de comunicación entre los jueces y el Tribunal constitucional. Tal diálogo es favorecido por el desarrollo de las sentencias interpretativas, las cuales

consienten hacer el juicio del Tribunal constitucional adherente a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional.

La búsqueda de la interpretación más adecuada, para resolver las situaciones concretas donde se ha producido la lesión de un derecho fundamental, es particularmente necesaria en los procesos constitucionales donde se utiliza como parámetro el principio de igualdad y de proporcionalidad.