

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA

Control constitucional de las decisiones judiciales

VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional

Cartagena de Indias, 28 al 30 de noviembre de 2007

Jurisdicción constitucional
y Jurisdicción ordinaria

VI Conferencia Iberoamericana
de Justicia Constitucional

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA

VI

Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional



Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

Depósito Legal: M-9733-2009
Imprime: IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

Presentación	9
1. Delegaciones asistentes y foto	13
2. Programa	19
3. Discurso inaugural. Rodrigo Escobar Gil	25
4. Ponencia general: Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria. Rodrigo Escobar Gil	31
5. Las relaciones entre jurisdicciones	71
5.1 A Jurisdição Constitucional no Brasil. Gilmar Ferreira Mendes.	73
5.2 La relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción cons- titucional en España. Guillermo Jiménez Sánchez	152
6. Resumen de respuestas al cuestionario preparatorio de la Conferencia. Secretaría Permanente	181
7. Informes de invitados	209
7.1 Cohesión social y Justicia Constitucional. Alejandro Saiz Arnaiz.	211
7.2 El acceso a la justicia como factor de gobernabilidad. Fernando Carrillo Flórez	230
8. Declaración Final	255
9. Informe de la Secretaría Permanente	261
Anexo. Acuerdo de Cooperación entre la Comisión de Venecia y la Con- ferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional	273
Respuestas al cuestionario (sólo en la edición en CD)	279



Presentación



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

Una vez más, la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional ha podido reunirse, esta vez entre los días 28 y 30 de noviembre de 2007 en Cartagena de Indias, Colombia, con la finalidad de intercambiar experiencias y discutir sobre temas de su interés. En esta ocasión el tema objeto de debate ha sido el de «Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción ordinaria». Aunque se trata de una relación ésta que presenta perfiles diferentes entre unos países y otros, y quizá en parte por eso, la exposición de los distintos modelos y de los distintos problemas suscitados ha resultado sumamente enriquecedora para todos, aportando ideas sobre lo que se debe hacer y sobre lo que no debe hacerse. Una vez más este trabajo colectivo ha sido un éxito.

Más allá de las cuestiones técnicas, hay que congratularse, y cada vez con mayor energía, de que la Conferencia siga su rumbo y continúe sus trabajos manteniéndose no sólo viva, sino en pleno crecimiento. Por ello hay que felicitar, en primer lugar, a sus propios miembros que son los que con su participación le dan vida. En segundo lugar hay que agradecer a los anfitriones, esto es, a la Corte de Constitucionalidad de Colombia y a las instituciones que, a su vez la han apoyado, su trabajo y esfuerzo para que, como así ha sido, la reunión haya resultado un éxito de organización. Asimismo, y también una vez más, debemos manifestar la gratitud de la Conferencia a la Agencia Española de Cooperación internacional, que ha colaborado decisivamente con la Conferencia, primero ofreciendo para la celebración de la reunión el magnífico espacio que es el Centro de Cooperación Internacional de Cartagena de Indias y después su ayuda para la publicación de las actas de la reunión. Por último también debe manifestarse la gratitud de la Conferencia al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y a la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y



Políticas Públicas (FIIAPP) a través, una vez más, del programa EUROsociAL. Con la colaboración de ambas instituciones con la Conferencia se ha hecho posible la participación de expertos en la reunión, el Dr. Carrillo Flórez y el Dr. Saiz Arnaiz, respectivamente, contribuyendo a reforzar las líneas de trabajo de la reunión y abriendo a la Conferencia hacia el exterior.

Entre las conclusiones alcanzadas, que se recogen en este volumen en la Declaración Final, y por lo que respecta al tema objeto de análisis, se ha insistido en la importancia de remarcar el papel de intérprete supremo de la constitución de las distintas jurisdicciones, así como su independencia, todo ello sin perjuicio de cuál sea el modelo establecido en cada país. Eso sí, cuando resulta necesario, hay que delimitar correctamente el ámbito de trabajo respecto de la jurisdicción ordinaria; la cooperación entre ambas es un requisito básico para el buen funcionamiento del Estado de Derecho.

También se han dado importantes pasos en lo que respecta a la proyección externa de la Conferencia, pudiendo destacarse los medios de colaboración establecidos con la Conferencia Europea de Tribunales Constitucionales. Asimismo, han quedado sentadas las bases para formalizar un Acuerdo de cooperación con la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), que debe contribuir a un mejor conocimiento de la Conferencia y a un mayor flujo de información, así como a un apoyo para los distintos órganos de justicia constitucional.

Por último, hay que congratularse de la programación de la próxima reunión, a desarrollarse en México, dando continuidad al trabajo de la Conferencia y a su propia existencia. Debe agradecerse a la Suprema Corte de Justicia de México su disponibilidad para abordar la organización de esa reunión junto con la Secretaría Permanente de la Conferencia.

Pablo Pérez Tremps
Secretario Permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia
Constitucional



Delegaciones asistentes y fotos



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

ANDORRA

Tribunal Constitucional

BOLIVIA

Tribunal Constitucional

BRASIL

Supremo Tribunal Federal

15

COLOMBIA

Corte Constitucional Colombia

COSTA RICA

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

CHILE

Tribunal Constitucional

ECUADOR

Tribunal Constitucional

EL SALVADOR

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia



ESPAÑA

Tribunal Constitucional

GUATEMALA

Corte Constitucional

HONDURAS

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

MÉXICO

Suprema Corte de Justicia

NICARAGUA

Corte Suprema de Justicia

PARAGUAY

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

PERÚ

Tribunal Constitucional

PORTUGAL

Tribunal Constitucional

REPÚBLICA DOMINICANA

Suprema Corte de Justicia

URUGUAY

Suprema Corte de Justicia



SECRETARÍA DE LA CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL



VI CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. CARTAGENA DE INDIAS (COLOMBIA), 28 AL 30 DE NOVIEMBRE DE 2007



Programa



Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria
VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

MIÉRCOLES 28

- 9:30 h. Ceremonia Inaugural.
- 11:00 h. Sesión Plenaria: Exposición y Debate de la Ponencia General del Presidente del Tribunal Constitucional de Colombia.
- 15:00 h. Sesión Plenaria: Presentación del Cuestionario sobre relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria y de las respuestas enviadas a la Secretaría. Exposición del Secretario de la Conferencia.
- 16:00 h. Sesión Plenaria: Las relaciones entre el juez constitucional y el juez ordinario en Argentina: el control de constitucionalidad de las sentencias de los jueces ordinarios: ventajas, tensiones y desafíos del modelo.
- 17:30 h. Sesión Plenaria: Las relaciones entre el juez constitucional y el juez ordinario en Venezuela: el control de constitucionalidad de las sentencias de los jueces ordinarios: ventajas, tensiones y desafíos del modelo.



JUEVES 29

- 9:00 h. La relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en España: el control de constitucionalidad de las sentencias de los jueces ordinarios: ventajas, tensiones y desafíos del modelo.
- 10:30 h. Mesas de trabajo.
- 15:00 h. Presentación y discusión del informe «Cohesión social y Justicia Constitucional».
- 17:30 h. Sesión Plenaria: Foro abierto. Planteamiento de cuestiones de interés por parte de las delegaciones.



VIERNES 30

- 9:30 h. Informe de la Secretaría General sobre el trabajo de la Conferencia y posibles líneas de actuación. Debate y primeras conclusiones.
- 11:30 h. Intervención de los invitados especiales: Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, representada por su Presidente de turno, el Presidente del Tribunal Constitucional de Lituania, Comisión de Venecia, EUROsociAL, y Conclusiones y Declaración Final de la VI Conferencia.



Discurso inaugural



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente de la Corte Constitucional de Colombia

Señor Miguel Ángel Montañés, Representante de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, señor Humberto Sierra Porto, Vicepresidente Corte Constitucional de Colombia, señor César Julio Valencia Copete, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, señor Edgardo Maya Villazón, Procurador General de la Nación, señor Mario Germán Iguarán Arana, Fiscal General de la Nación, señor Jorge Alonso Flechas Díaz, Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, señor Volmar Pérez Ortiz, Defensor del Pueblo, señor Libardo Simancas Torres, Gobernador de Bolívar, señor Nicolás Curi Vergara, Alcalde de Cartagena, señor Hernando Torres Corredor, Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señores Presidentes, Vicepresidentes, magistrados y ministros de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de Iberoamérica, señoras y señores.

Es para mí motivo de especial satisfacción dar la bienvenida, en el escenario extraordinario de la ciudad de Cartagena de Indias, a todos los participantes en esta VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

Mi complacencia es doble porque, por un lado, me animan mis personales vínculos con esta entrañable ciudad de Cartagena de Indias que generosa-



mente acoge a la Conferencia Iberoamericana y que tiene tantas expresiones simbólicas –en sus murallas, en su arquitectura, en sus monumentos, en sus gentes– de la profunda unión que la historia ha ido tejiendo entre las naciones que conforman esta comunidad iberoamericana a uno y otro lado del atlántico. Cartagena es muestra palpable de la diversidad, del legado cultural de España, de la confluencia de etnias y culturas, de la dinámica de un pueblo joven, que tiene, sin embargo, las tradiciones milenarias de nuestra América indígena, de la Europa colonizadora y de las gentes del África.

Agradezco al señor Alcalde de la ciudad de Cartagena de Indias por su amable hospitalidad y por el significativo gesto, materializado en el día de ayer, de hacer entrega de las llaves de la ciudad a los Presidentes y Vicepresidentes de los Tribunales, las Corte y las Salas Constitucionales de los Estados Iberoamericanos. Agradezco también a las autoridades departamentales y locales que han brindado su apoyo y, muy especialmente a la Agencia Española de Cooperación Internacional, en cuya magnífica sede tendrán lugar las sesiones de la Conferencia y sin cuyo decidido respaldo este intercambio no habría podido llevarse a cabo.

Por otro lado, como Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, me regocijo por la oportunidad feliz que esta Conferencia plantea, al tenor de sus estatutos y del espíritu que anima a sus integrantes, para un fructífero intercambio de información y de experiencias que permita consolidar en nuestros Estados el principio de la supremacía de la Constitución, cuya custodia nos ha sido confiada como jueces constitucionales.

En este escenario, quiero agradecer la invaluable labor cumplida por la Secretaría Permanente de la Conferencia y por su Secretario Magistrado Pablo Pérez Tremps, que ha mantenido siempre abiertos los canales de comunicación, ha alentado el diálogo multilateral y ha impulsado los cometidos propios de la Conferencia; así como destacar el trabajo del personal de apoyo

de la Corte Constitucional de Colombia que ha obrado como Secretaría *Pro Tempore* en esta oportunidad.

Cabe registrar, también, con beneplácito la presencia de instituciones y organizaciones que nos acompañan en esta ocasión y con quienes la Conferencia ha trabajado o podría trabajar en el futuro, como la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, la Comisión de Venecia, EurosociAL y el BID.

La Conferencia es, de acuerdo con el propósito que inspiró su creación, el foro natural para que nuestras instituciones de justicia constitucional intercambien ideas y experiencias, en un diálogo que permita que, a partir de unos postulados esenciales que nos son comunes, se reafirme en nuestros países el valor de la Constitución normativa que dé efectivas repuestas a unos pueblos que han depositado en ella sus esperanzas y su confianza.

Nos convoca esta vez una propuesta de reflexión en torno a la articulación de la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria, con particular atención al tema del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales.

Más allá, sin embargo, del que espero será un muy fructífero intercambio de conceptos y de experiencias sobre esa materia, quiero resaltar en esta sesión inaugural la que no vacilaría en calificar como una dinámica de extraordinaria potencia que en nuestros países se ha dado como consecuencia de ese resurgir del constitucionalismo, de ese nuevo constitucionalismo del que es expresión la justicia constitucional.

Nos encontramos ante un lenguaje común. Mirando y repasando las respuestas a los cuestionarios que fueron repartidos con antelación a los participantes, pero también las sentencias de nuestros órganos de justicia constitucional, los textos de nuestros doctrinantes, incluso las reseñas periodísticas de los asuntos que cotidianamente debemos enfrentar y de las circunstancias extraordinarias que a veces nos afectan, encontramos paralelismos y similitu-



des sorprendentes. Y también una gran variedad de respuestas y de posibilidades. Y allí está la riqueza que queremos se convierta en nuestro patrimonio común: en el valor de nuestra cultura jurídica compartida y en las inmensas posibilidades del diálogo creativo entre interlocutores que son, al mismo tiempo, tan próximos y tan distintos. Hay coincidencias, y diferencias y de allí las posibilidades creativas de estos encuentros.

En el trasfondo de ese conflicto que, como tuvimos oportunidad de examinar en Chile el año pasado, sobrepasa las fricciones entre las jurisdicciones –constitucional y ordinaria– para proyectarse sobre toda la estructura del Estado, se encuentra, precisamente, esa dinámica cuya fuerza como fenómeno social hoy queremos resaltar. Es la vocación de la Constitución normativa por convertirse, más allá de los textos, en una realidad viviente y actuante, cargada de significado para las personas.

Por eso las discusiones que habremos de abordar en los próximos días sobre las complejidades técnicas que con seguridad demandarán un esfuerzo de comprensión y de elaboración, estarán dirigidas al perfeccionamiento de nuestros instrumentos de justicia constitucional como medios para asegurar que nuestras Constituciones, las que son jóvenes –aun las más antiguas o las que son herederas de más que centenarias tradiciones constitucionales–, porque son portadoras de renovados principios y valores, mantengan su condición de normas supremas y moldeen de modo determinante el destino de nuestro pueblos.

Ése es el noble propósito que nos convoca y ésa la responsabilidad que nos corresponde como jueces constitucionales.

Declaro instalada la VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

Muchas gracias.

Cartagena de Indias, 28 de noviembre de 2007.

Ponencia general



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente de la Corte Constitucional de Colombia

33

Sumario: 1. Introducción.—2. La Jurisdicción constitucional en un modelo de Constitución normativa. 2.1 El carácter normativo de la Constitución. 2.2 La Jurisdicción constitucional.—3. Escenarios de conflicto entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria. El caso colombiano.—4. Conclusión

Como es ya tradicional en las Conferencias Iberoamericanas de Justicia Constitucional, esta ponencia general tiene el propósito de incentivar la discusión sobre el tema que se ha propuesto –Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria–, para lo cual se han tomado como referente las respuestas que los distintos participantes presentaron al cuestionario que les fue distribuido.

Con el telón de fondo de la realidad institucional y procesal que en materia de justicia constitucional presentan los diversos Estados iberoamericanos, la ponencia busca dirigir la atención de los participantes hacia los



problemas de articulación que plantea la idea de una justicia constitucional, bien sea que ésta se incardine en la Jurisdicción ordinaria, o dé lugar a una Jurisdicción constitucional especializada. Particularmente, queremos llamar la atención sobre el caso colombiano y, de modo específico, sobre los problemas que han surgido en torno al control constitucional de las sentencias judiciales y la manera en cómo la jurisprudencia constitucional se ha ido decantado por esa figura, asunto que puede resultar ilustrativo a la luz de lo que ocurre en otras latitudes.

1.

INTRODUCCIÓN

34

El tema que se escogió para este encuentro –la relación entre Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria– se inscribe dentro de la línea de trabajo que la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional ha venido desarrollando en torno al concepto de la Jurisdicción constitucional –o de una manera quizá más comprensiva, la justicia constitucional– como garante de la supremacía de la Constitución y de la vigencia de los derechos fundamentales.

Cabe recordar que en Sevilla, España, en la IV Conferencia, realizada en octubre de 2005, se hizo un recuento de los modelos de justicia constitucional adoptados en el escenario iberoamericano para señalar que, no obstante, las particularidades que se manifiestan en la opción alternativa entre los sistemas difuso, concentrado y mixto, y en la estructura organizativa de la justicia constitucional, con la creación de tribunales constitucionales o salas especializadas dentro de los tribunales supremos y la atribución de las competencias de justicia constitucional a la Jurisdicción ordinaria, la mayoría de los Estados coinciden en la existencia de mecanismos que permiten



Ponencia general

avanzar en la garantía jurisdiccional de la vigencia y supremacía de la Constitución.

Se esbozaron, ya entonces, los problemas de articulación que se presentan entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria en los países que han elegido un modelo tendencialmente concentrado y orgánicamente diferenciado de justicia constitucional, al paso que se puso de presente que en los estados que han optado por el control difuso ejercido por todos los jueces dentro de la Jurisdicción ordinaria, sólo pueden darse «... *las disfunciones inherentes a toda pluralidad de órganos judiciales estructurados en instancias jerarquizadas; esto es, las que, fruto de un diverso entendimiento de la constitucionalidad o la legalidad, se reducen a unidad con el criterio definitivo y último del Tribunal Supremo o de la Corte Suprema*»¹, casos en los cuales el problema remite a la consideración de la eventual fuerza vinculante del precedente. Se señaló también en la conferencia de Sevilla que el ámbito más propicio para el conflicto institucional es el de la defensa de los derechos fundamentales.

El año pasado, en Santiago de Chile, escenario de la V Conferencia, el debate giró en torno al papel del juez y de la justicia constitucional en Iberoamérica y, como punto de partida, se puso de presente que, por un lado, la justicia constitucional se encuentra en un proceso de institucionalización que responde a las particularidades culturales e históricas de nuestros Estados y que no ha estado exento de dificultades derivadas en buena medida de la resistencia de las estructuras tradicionales en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a las exigencias que plantea el nuevo constitucionalismo y, por otro lado, que el juez constitucional está llamado a cumplir un papel crucial en ese proceso porque, más allá del diseño institucional, su actitud es determinante del vigor de las organizaciones que integra, dándoles o no la independencia, imparcialidad y coherencia que requiere su cometido institucional y, por sobre

¹ Informe General, IV Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.



todo que es determinante, también, de la posibilidad de que el *telos* constitucional prevalezca aún en las encrucijadas provocadas por dificultades y conflictos con los demás órganos constitucionales².

En esta oportunidad, queremos retomar el debate iniciado en España y en Chile y centrar la atención de la Conferencia en el estudio de los conflictos que pueden presentarse, y que de hecho se han presentado en varios de nuestros países, entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria, particularmente, en cuanto hace a la posibilidad de que para la protección de los derechos fundamentales exista alguna modalidad de control constitucional sobre las decisiones de los jueces ordinarios.

Así planteado el tema, la discusión gira no sólo en torno a las dificultades de articulación entre jurisdicciones orgánicamente diferenciadas sino también alrededor de los conflictos que, en esquemas de control difuso, pueden surgir por la introducción de instrumentos especializados de justicia constitucional, como el amparo, aun cuando se incardinan en la Jurisdicción ordinaria. Esa formulación del problema permite incorporar al debate a la totalidad de los Estados iberoamericanos que, a partir de sus diferentes experiencias institucionales, pueden concurrir en este ejercicio de reflexión colectiva, cuyo propósito último no es otro que el de, precisamente a través de ese intercambio de apreciaciones, experiencias y criterios, contribuir a la consolidación de la justicia constitucional como condición necesaria para asegurar la supremacía y la vigencia de la Constitución, con el objetivo cardinal de garantizar la vigencia de las libertades, de los derechos fundamentales y, en fin, de los valores humanistas que inspiran el constitucionalismo contemporáneo.

² Cfr. Ponencia General, V Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.



2.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN UN MODELO DE CONSTITUCIÓN NORMATIVA

2.1 El carácter normativo de la Constitución

El carácter normativo de la Constitución implica que ella es vinculante para todos los poderes públicos, y, en principio, directamente aplicable por ellos, materia sobre la que cabe señalar, según la clásica formulación de García de Enterría, que «[l]a Constitución, por un parte, configura y ordena los poderes del estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos, la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos»³.

37

De este modo, pues, la Constitución es norma jurídica, y es la norma suprema de todo el ordenamiento, que vincula tanto a los particulares como a las autoridades públicas con eficacia general y directa.

El constitucionalismo contemporáneo ha tenido en esta materia un proceso de evolución que se ha desenvuelto de manera paralela con el surgimiento de una justicia constitucional.

Originalmente en los sistemas constitucionales se afirmó la supremacía de la asamblea legislativa de elección popular. La Constitución tenía un carácter

³ Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1986, tomo I, p. 97.



programático que la convertía en una mera guía para el legislador, quien era su intérprete autorizado. Un primer paso hacia la supremacía constitucional se dio cuando se hizo valer la superioridad de la Constitución sobre la ley a través de algún sistema de control de constitucionalidad. De este modo se hizo evidente el carácter vinculante de la Constitución para el legislador, pero de allí no se derivaba de manera plena el carácter normativo de la Constitución porque, en principio, cabía señalar, todavía, que ella contenía mandatos y prohibiciones para el legislador pero que no era directamente aplicable por los demás poderes públicos, particularmente por los jueces. De hecho, en nuestros Estados, los jueces aplicaban directamente la ley no la Constitución, cuyo destinatario exclusivo, se consideraba, era el legislador.

De manera subsiguiente se produjo el tránsito hacia el pleno carácter normativo de la Constitución al disponerse que la misma contiene normas directamente aplicables y vinculantes para todos los poderes públicos. Esa afirmación de la Constitución como norma, y, específicamente, como la norma suprema de todo el ordenamiento, se dio de manera concomitante con el surgimiento de la justicia constitucional.

2.2 La Jurisdicción constitucional

De forma simultánea, los desarrollos sobre el carácter normativo de la Constitución y su condición de norma suprema conducían a la necesidad de identificar una Jurisdicción constitucional, esto es, una autoridad con capacidad para hacer valer esa supremacía de la Constitución frente a todos los poderes públicos.

2.2.1 El tema de la supremacía constitucional tuvo un desarrollo temprano en los Estados Unidos a través de la institución de la *judicial review*. Se trataba de un control judicial y difuso de la supremacía constitucional que surgió como una manifestación natural de la función judicial. En el esquema



del juez Marshall: supuesto el carácter normativo y supremo de la Constitución, es la responsabilidad natural del juez aplicar la Constitución de preferencia sobre cualquier disposición de un nivel jerárquicamente inferior que le resulte contraria. Esa conclusión, que parece hoy una consecuencia natural del principio de soberanía popular, por virtud del cual, la Constitución, expresión del poder constituyente del pueblo, está por encima de la ley, obra de un poder constituido –esquema que no fue ajeno a los revolucionarios franceses–, fue oscurecida en la Europa continental por la concepción según la cual la asamblea legislativa, en cuanto representante de la nación, es el supremo poder del Estado, sin que pueda concebirse poder constituido capaz de invalidar sus actos, los cuales, por otra parte, se conciben como orientados siempre a la garantía de las libertades.

2.2.2 En ese panorama, cuyos elementos conceptuales ilustraron el debate constituyente que se dio en Colombia para la expedición de la Constitución de 1886, se dio, de manera casi simultánea y con extraordinarios paralelismos, en Colombia y Venezuela el que se ha considerado como un importante aporte de estos Estados iberoamericanos al constitucionalismo occidental. En efecto, limitándome a la experiencia colombiana, en el año de 1910 se incorporó a la Constitución, con plena vigencia y efectividad, un esquema de control abstracto de constitucionalidad de la ley. En ese año se reformó la Constitución para disponer que, cualquier ciudadano podía demandar ante la Corte Suprema de Justicia la inconstitucionalidad de una ley de la República.

Cabe anotar que, no obstante, ese control de constitucionalidad de la ley se concibió como una función de la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la Jurisdicción ordinaria, está claro que el esquema adoptado respondía a unos criterios constitucionales distintos a los del sistema americano, puesto que aquí ya no se trataba de afirmar la supremacía de la Constitución en el ejercicio ordinario de la función judicial, sino de hacerle un juicio especial a la ley en aquellos eventos en los que, a iniciativa de cualquier ciudadano, se



considerase que la misma era contraria a la Constitución. Se trataba de un modelo, en principio, concentrado y abstracto de control de constitucionalidad, que parecería atribuir a la Corte Suprema de Justicia el monopolio para la aplicación judicial de la Constitución. Sin embargo, en esa misma reforma de 1910 se incluyó la cláusula según la cual «*en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*», lo que parecía abrirle paso a un modelo difuso de control de constitucionalidad, a cargo de todos los jueces.

No obstante, esa configuración constitucional, en la práctica, al paso que el control de constitucionalidad por la vía de la acción publica de inconstitucionalidad de las leyes tuvo amplio desarrollo y aplicación, el recurso a la vía exceptiva fue, hasta la expedición de la nueva Constitución en 1991, más bien escaso y con incidencia principalmente en los más altos tribunales del país.

Puede observarse que, en los desarrollos hasta ahora reseñados, tanto en los Estados Unidos como en Colombia o en Venezuela, la afirmación de la supremacía de la Constitución a cargo de los jueces no dio lugar a fricciones dentro del Poder Judicial porque, en ambos casos, desde una perspectiva orgánica, no se creó una jurisdicción especializada, sino que, en los Estados Unidos, la *judicial review* se consideró como una responsabilidad de todos los jueces con la competencia unificadora de la Corte Suprema, por la vía del *certiorari* y el principio del *stare decisis*, y entre nosotros, particularmente en Colombia, los jueces continuaron siendo unos jueces de la legalidad y el monopolio de la aplicación judicial de la Constitución, con la salvedad en buena medida nominal que se ha mencionado sobre la excepción de inconstitucionalidad, se radicó en la Corte Suprema de Justicia, tribunal supremo de la Jurisdicción ordinaria⁴.

⁴ Debe tenerse en cuenta que, en vigencia de la Constitución de 1886, la propia Carta estableció una competencia residual para el Consejo de Estado en el control de la Constitucionalidad de ciertos decretos del Gobierno, materia que dió lugar a ciertos conflictos de compe-



2.3 El que se ha denominado modelo europeo de control de constitucionalidad surgió en unas muy particulares circunstancias históricas y se desarrolló a partir de profundas reflexiones teóricas sobre el significado de la Constitución. Curiosamente, su rasgo más distintivo, aquel que lo caracterizó como un modelo distinto del que se denominó «americano» y que, siguiendo el pensamiento de Kelsen, implicaba la creación de una instancia especializada para el control de la constitucionalidad de la ley, no es el que mayor repercusión, al menos cuantitativa, ha tenido en la experiencia constitucional de algunos estados europeos, entre los que se encuentra España, que por la vía de figuras como la cuestión de inconstitucionalidad o el amparo retoman el elemento inspirador del modelo americano, que se orienta fundamentalmente a garantizar la supremacía de la Constitución en los casos concretos⁵.

Del debate teórico que dio vida y desarrollo al modelo europeo de control de constitucionalidad surge una aparente dicotomía que, en buena medida, explica el tema que se seleccionó para esta VI Conferencia, puesto que una premisa del modelo concentrado es el monopolio del órgano especializado de justicia constitucional para la interpretación y la aplicación de la Constitución pero, por otra parte, el carácter normativo de la Constitución implicaría que todos los jueces deben aplicarla e interpretarla en el ejercicio ordinario de sus competencias.

Es claro que la afirmación del carácter normativo de la Constitución marcó el hito a partir del cual se inició un proceso de constitucionalización del

tencia entre este tribunal y la Corte Suprema de Justicia. Se trataba sin embargo, de conflictos de competencia sobre el objeto del control dentro de la propia Jurisdicción constitucional, y no verdaderos conflictos de articulación entre ésta y la Jurisdicción ordinaria.

⁵ No se desconoce que la decisión del Tribunal Constitucional al resolver las cuestiones de constitucionalidad, tiene efecto *erga omnes*, algo que de la misma manera se obtiene en el modelo americano por la vía del *stare decisis*, sino que se hace énfasis en la modalidad concreta del control, al menos en el origen, en cuanto que proviene de una controversia que inicialmente ha sido planteada a en sede judicial ordinaria.



derecho que, con desfases temporales y de intensidad, ha sido característico de la generalidad de los Estados constitucionales a partir de la segunda mitad del siglo xx. En el nuevo contexto, la Constitución como norma ya no es solamente un parámetro de validez al que acude el juez constitucional para juzgar la corrección de las normas inferiores del ordenamiento, sino que se convierte en derecho aplicable por todos los jueces.

A partir de ese momento, todos los jueces son jueces constitucionales, no sólo porque, con distinta configuración técnica en algunos Estados, tramitan los procedimientos breves y sumarios que se han previsto para la protección de los derechos fundamentales sino, además, porque en el ámbito ordinario de sus competencias deben aplicar la Constitución cuando ello sea necesario para resolver los asuntos puestos a su consideración y, en todo caso, deben interpretar la totalidad del ordenamiento a la luz de las reglas, los principios y los valores constitucionales.

De este modo, si en el nuevo escenario, el juez ordinario, hasta entonces juez de la legalidad, debe interpretar y aplicar, además de la ley, también, y con carácter preferente, la Constitución; y si a su vez, el juez constitucional, por la misma naturaleza de su función, al análisis de constitucionalidad debe incorporar también una valoración de la ley para invalidarla o darle sentido acorde con la Constitución; y si orgánicamente; junto a una Jurisdicción ordinaria (que en Colombia comprende la Jurisdicción ordinaria propiamente dicha, que conoce de las causas civiles, penales y laborales, y la jurisdicción de lo contencioso-administrativo) se ha establecido una Jurisdicción constitucional, parecería inevitable que surjan las fricciones, las cuales se derivan no sólo de la dificultad de articulación referida, sino, también, cuando la Jurisdicción constitucional se concibe orgánicamente separada, por las tensiones que plantea la irrupción en el escenario institucional de un nuevo actor a quien se le atribuye la calidad de supremo intérprete de la Constitución.



En ese contexto, la convicción de que la justicia constitucional es un instrumento imprescindible en el constitucionalismo contemporáneo para asegurar la supremacía y la vigencia de la Constitución y es, por consiguiente, garante de los principios y los valores de los que ella es portadora, nos lleva a insistir en la necesidad de buscar esquemas, de afinar los instrumentos disponibles y de aprovechar la experiencias compartidas en el propósito de superar esas fricciones de manera que en nuestros Estados los jueces, todos, seamos, de manera armónica, garantes de la Constitución.

Para ilustrar el debate en esta Conferencia, podemos plantear la anterior situación a la luz del caso colombiano.

3.

ESCENARIOS DE CONFLICTO ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA. EL CASO COLOMBIANO

43

3.1 En la experiencia colombiana, en general, no se han presentado problemas de articulación cuando se trata del ejercicio por la Corte Constitucional del control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

3.1.1 En este campo cabe señalar que las decisiones de inexequibilidad tienen efectos *erga omnes* y son generalmente acatadas. La norma que es encontrada contraria a la Constitución es expulsada del ordenamiento jurídico y no puede, en lo sucesivo, ser aplicada por los jueces para la solución de las controversias. Existe en esta materia en Colombia una tradición casi centenaria de acatamiento y respeto por todos los poderes públicos de las decisiones del juez constitucional: la Corte Suprema de Justicia hasta la Constitución de 1991 y la Corte Constitucional de allí en adelante.



Cabe hacer algunas consideraciones especiales en relación con los eventos en los cuales el juez constitucional encuentra que la norma objeto del control de constitucionalidad se ajusta a la Constitución. En general, esa situación no plantea problema alguno, puesto que la decisión del juez constitucional no comporta una innovación del ordenamiento. Sin embargo, puede ocurrir, por ejemplo, que como supuesto de la declaratoria de constitucionalidad de la norma objeto del control se haya tomado una determinada interpretación de la misma que no sea luego acogida por los jueces ordinarios. En la medida en que dicha interpretación no se haya plasmado en una sentencia condicionada, no habría manera de hacerla exigible para todos los operadores jurídicos.

Otro evento que podría dar lugar a ciertas diferencias se presenta cuando, frente a una norma que ha sido previamente declarada ajustada a la Constitución por el juez constitucional, se plantea ante el juez ordinario la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad. En principio debe decirse que esa posibilidad está excluida cuando el fundamento de la vía exceptiva coincida con los criterios que fueron considerados por el juez constitucional en sede de control abstracto de normas. Resulta posible, sí, la vía exceptiva, cuando, en el caso concreto, la inconstitucionalidad resulte de las particulares circunstancias del caso y no de una oposición de la norma, considerada en abstracto, con la Constitución. También cabría cuando el pronunciamiento del juez constitucional ha dado lugar a una cosa juzgada relativa, en la medida en que no se ha extendido a todos los posibles eventos de inconstitucionalidad de la norma, porque la examinó sólo a la luz de ciertos preceptos de la Carta. En ese caso, también sería posible que, no obstante que ya hay un pronunciamiento del juez constitucional, el juez ordinario, en un caso concreto, decida inaplicar la norma por consideraciones distintas de aquellas que fueron tenidas en cuenta en el proceso constitucional. Estas hipótesis, sin embargo, no plantean una confrontación de criterios entre jurisdicciones y son, más bien, expresión de un ejercicio paralelo y eventualmente complementario de competencias de justicia constitucional.



3.1.2 No obstante ese panorama general de acatamiento y complementariedad, es posible subrayar algunas aristas del control abstracto de constitucionalidad que pueden provocar –y en algunos casos han provocado– ciertas fricciones con la Jurisdicción ordinaria.

3.1.2.1 En primer lugar, cabe hacer alusión a las denominadas sentencias de exequibilidad condicionada, en las distintas modalidades que se conocen en el derecho comparado, particularmente las sentencias interpretativas y las aditivas. En tales casos cabe la posibilidad de que no se acate por los jueces ordinarios el alcance de la interpretación fijada por la Corte Constitucional como condición para declarar la constitucionalidad de la norma. Esto es, en la medida en que la norma cuestionada no es expulsada del ordenamiento es posible que, en su aplicación a los casos concretos, no se sigan los parámetros fijados por el juez constitucional. Tal posibilidad es conjurada en parte por el hecho de que las sentencias de exequibilidad condicionada equivalen a la exclusión, vale decir, la declaración de inconstitucionalidad, de una determinada interpretación. En Colombia, como se ha dicho, la larga tradición en el ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto se traduce en un general acatamiento de las decisiones de la Corte en este ámbito, aun de los que suscitan controversia por el alcance innovador del condicionamiento. Con todo, una eventual separación de los jueces ordinarios de la interpretación de la ley fijada como obligatoria por la Corte Constitucional podría ser susceptible de revisión por la vía de la acción de tutela.

3.1.2.2 Otro escenario en el que el ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto ha generado confrontación entre jurisdicciones es el propio de lo que por algunos se ha denominado como control de constitucionalidad sobre interpretaciones judiciales.

A partir del criterio, que es el basamento de las sentencias condicionadas, de que el control de constitucionalidad recae sobre normas más que sobre las disposiciones que las contienen, y teniendo en cuenta, por otra parte, la doc-



trina sobre el «derecho viviente» conforme a la cual «... la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad»⁶, la Corte Constitucional colombiana ha proferido fallos de constitucionalidad que recaen sobre la interpretación que los tribunales ordinarios han realizado de determinadas disposiciones.

El caso más notorio es quizá el que tiene que ver con lo que en la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo se conocía como la doctrina de los móviles y finalidades. En esa oportunidad, se demandó ante la Corte Constitucional el artículo del Código Contencioso-Administrativo que establece la acción de nulidad contra los actos administrativos sin prever para ello un término de caducidad. El demandante, sin embargo, no cuestionaba en realidad el contenido de ese artículo, sino la interpretación del Consejo de Estado conforme a la cual, en principio, el mismo resultaba aplicable sólo a los actos administrativos de carácter general, y a algunos actos administrativos de carácter particular, siempre y cuando tuviesen trascendencia social y representasen un interés para la comunidad o cuando así lo hubiese previsto de manera expresa la ley. Dicha acción, en consecuencia, no cabía cuando de lo que se trataba era de obtener la nulidad de un acto de alcance particular que no tuviese esa connotación especial, debido a que para ello el ordenamiento había previsto otra vía procesal: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para la que rige un término de caducidad de cuatro meses. La Corte encontró que esa interpretación del Consejo de Estado era contraria a la Constitución porque restringía el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes pretendiesen demandar únicamente la nulidad de un acto

⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-557 de 2001.



administrativo de contenido particular, al imponerles una condición que no estaba prevista en la ley⁷.

Esa sentencia de la Corte Constitucional provocó una fuerte reacción del Consejo de Estado quien consideró que la misma constituía una indebida intromisión del juez constitucional en el ámbito de sus competencias como supremo tribunal de lo contencioso-administrativo. Incluso se han presentado casos en los que los Tribunales administrativos han inadmitido demandas en contravía con lo decidido por la Corte Constitucional. Cuando dichos casos, por la vía de la acción de tutela, han llegado a la Corte Constitucional, este tribunal ha concedido el amparo disponiendo que se dé trámite a la respectiva demanda de nulidad⁸.

Más adelante, en un caso distinto y que generaba menos controversia, la Corte matizó la anterior postura al puntualizar que, en estos eventos, el objeto del control constitucional no es, en realidad, la interpretación que hacen los jueces ordinarios sino la norma jurídica cuyo sentido ha sido fijado por dicha interpretación. No se cuestiona, por consiguiente, la labor interpretativa del juez ordinario, sino que, por el contrario, la misma es acogida para establecer el sentido cierto de la disposición objeto de control, el cual es, entonces, confrontado con la Constitución⁹.

3.2 El segundo gran escenario en el que puede producirse un conflicto entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria es en el de la garantía judicial de los derechos fundamentales.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-426 de 2002.

⁸ Sobre el particular, ver, por ejemplo, la Sentencia T-836 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana.

⁹ Ver, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-207 de 2003.



En Colombia la protección de los derechos fundamentales está a cargo de todos los jueces, por una doble vía:

En primer lugar, dado el carácter normativo de la Constitución, que implica que todos los jueces, en el ejercicio ordinario de sus competencias, aplican la Constitución, la protección de los derechos se confía a los jueces en ese ámbito competencial ordinario. De manera especial, puede señalarse que, frente a la actuación de las autoridades públicas, están previstas en Colombia las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de las cuales es posible obtener, mediante trámite breve y sumario, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. En el mismo ámbito de lo contencioso-administrativo, también se ha previsto la acción de reparación directa a la que pueden acudir las personas que hayan sido afectadas por una actuación material de la Administración. Por su parte, en el campo de la Jurisdicción ordinaria, resulta claro que en los distintos procesos de naturaleza penal, civil o laboral las personas pueden tramitar sus pretensiones de derechos fundamentales.

En segundo lugar, de manera subsidiaria, las personas pueden acudir ante los jueces ordinarios, a través de la acción de tutela, para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente, breve y sumario. Se trata de un proceso constitucional especializado que procede cuando las vías judiciales ordinarias resulten inadecuadas para la protección del derecho o cuando acudir a ellas comporte la amenaza de un perjuicio irremediable.

En tanto que en la primera hipótesis, la protección de los derechos fundamentales se produce dentro de la Jurisdicción ordinaria; en la segunda, los jueces ordinarios se integran funcionalmente a la Jurisdicción constitucional para actuar de manera específica en la protección de los derechos.



3.2.1 Este segundo escenario no ha planteado en Colombia problemas de articulación. Se está ante una expresa atribución de competencias, de conformidad con la cual la persona afectada acude al juez que corresponda según el reglamento de reparto, la decisión del cual, a su vez, puede ser impugnada ante su inmediato superior. En cualquier caso, las decisiones de los jueces de tutela se remiten ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

No se han presentado conflictos de jurisdicción en esta materia porque las decisiones de la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela tienen el carácter de definitivas y se aplican por los jueces de tutela, aun cuando éstos sean una de las denominadas Altas Cortes, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia o Consejo Superior de la Judicatura. En buena medida, ello se explica porque la propia Constitución ha dispuesto una articulación funcional para el trámite de la acción de tutela y existe una competencia expresa e indiscutida de revisión por la Corte Constitucional de todas las decisiones que se profieran en este ámbito. Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que cuando la Corte Constitucional opta, en sede de revisión, por revocar una decisión de tutela adopta de manera simultánea la decisión de reemplazo. Así, cuando la sentencia revocada había concedido la tutela, la decisión de la Corte comporta privar de manera inmediata de efectos a la orden o las órdenes que se hubiesen impartido para la protección del derecho que se estimaba lesionado. Cuando, por el contrario, la sentencia que se revoca por la Corte Constitucional había denegado la solicitud de amparo, la Corte emite la orden o las órdenes que se consideren necesarias para la protección de los derechos afectados.

No obstante lo anterior, en este escenario, sí se ha presentado un problema en torno al alcance vinculante del precedente constitucional, problema que surge porque, en principio, las decisiones de los jueces de tutela, inclusive las que se adoptan por la Corte Constitucional en sede de revisión, tienen efectos *inter partes*. De este modo, al amparo de los principios de autonomía e independencia judicial, que encuentran expresión en la fórmula constitucio-



nal según la cual los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, los jueces optaban por producir sus decisiones de tutela al margen de la jurisprudencia de la Corte y en ocasiones en contravía con ella.

Una intensa labor de pedagogía constitucional que se cumplió con particular énfasis en los primeros años de vigencia de la nueva Constitución condujo a afirmar en la práctica judicial el valor vinculante del precedente constitucional, de manera que la jurisprudencia de la Corte se convirtió en referente obligado del que sólo pueden apartarse los jueces de tutela con una carga argumentativa particularmente exigente. A ello contribuyó no sólo el sólido magisterio ejercido por la Corte en materia de derechos fundamentales, sino la posibilidad que tiene el alto Tribunal de revisar cualquier decisión de tutela que se aparte de la doctrina constitucional fijada en sus decisiones.

Pese a ello, los problemas de articulación que aún subsisten pueden atribuirse en buena medida a la reticencia de las altas Cortes a tener como vinculante los precedentes fijados por la Corte Constitucional en materia de derecho fundamentales y al hecho de que, aunque de ordinario acogen los criterios fijados en la jurisprudencia constitucional, en determinados casos en los que se presentan notables diferencias de criterio, fallan en contravía con la doctrina constitucional, posición que tiene repercusiones en todo el aparato judicial y, de manera indirecta, se plantea como un conflicto de jurisdicciones en la medida en que los jueces reciben señales disímiles desde las cúpulas de las jurisdicciones constitucional y ordinaria.

Para ilustrar esta situación, puede señalarse que, por ejemplo, en un problema de crédito de vivienda, no obstante que la Corte Constitucional señaló de manera reiterada en varias de decisiones de revisión de tutela que los procesos ejecutivos hipotecarios en créditos de vivienda, cumplidas ciertas condiciones, debían darse por terminados aun cuando quedasen saldos insolutos; la Corte Suprema de Justicia, de manera invariable, frente al mismo problema, fallaba disponiendo que el proceso debía continuar si cumplidas las con-



diciones previstas en la ley para su terminación todavía quedaban saldos insolutos. Esa disparidad de criterios daba lugar a una gran inseguridad jurídica porque frente a las innumerables solicitudes de los deudores, presentadas ante distintos jueces algunos acogían la tesis de la Corte Suprema y otros la doctrina sentada por la Corte Constitucional.

Algo similar había ocurrido con la llamada indexación de la primera mesada pensional. Para la Corte Constitucional, cuando una persona se retira de su puesto de trabajo por haber cumplido el tiempo de servicios para acceder a la pensión pero debe esperar a cumplir la edad requerida, el cálculo de la pensión no puede hacerse sobre el monto nominal del último salario devengado. Para respetar el principio constitucional que ordena mantener el poder adquisitivo de las pensiones es necesario actualizar a la fecha de liquidación de la primera mesada el valor del salario devengado al momento del retiro. Durante muchos años, la Corte Suprema de Justicia sostuvo una tesis contraria y ello llevó a que muchos jueces tuvieran que escoger entre una u otra interpretación.

En la jurisdicción de lo contencioso-administrativo también se han presentado situaciones de esta naturaleza, entre las que cabe mencionar la que tiene que ver con la estabilidad laboral relativa que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, tienen los empleados públicos que han sido nombrados en provisionalidad, frente al criterio del Consejo de Estado conforme al cual a dichos servidores públicos se les aplica el régimen de libre nombramiento y remoción.

Frente a esos casos de desconocimiento del precedente constitucional, el primer instrumento de articulación es, como se ha dicho, la posibilidad que tiene la Corte Constitucional de seleccionar las decisiones de tutela que serán revisadas por ella y dentro de la cual cabe la escogencia sistemática de todas las sentencias que se aparten del precedente constitucional.



Ahora bien, en ciertos casos en los cuales el mecanismo mencionado no ha sido suficiente para garantizar la igualdad en la aplicación de la Constitución, la seguridad jurídica y el principio de economía procesal, la Corte ha debido adoptar mecanismos procesales extraordinarios que pueden ser mencionados en esta ponencia. Tal vez, el más importante de ellos es la posibilidad de modular o ampliar los efectos de las decisiones de tutela. En efecto, como instrumentos novedosos, que buscan hacer valer los principios de igualdad, de seguridad jurídica y de economía procesal, la Corte constitucional colombiana ha acudido, aunque de manera excepcional, a fallos de revisión de tutela a los que atribuye, más allá del efecto *inter partes* que le es característico, los que se han denominado efectos *inter comunis* y efectos *inter pares*.

Ejemplo del primer tipo de decisiones es el caso en el que la Corte Constitucional debió conocer de la situación que afrontaban unos pensionados de una empresa que se encontraba en liquidación, lo que había repercutido en el sistemático atraso en el pago de las correspondientes mesadas pensionales. Dado que, por una parte, no todos los pensionados habían acudido a la acción de tutela y, por otra, existían decisiones disímiles de los jueces de tutela; la Corte encontró que una decisión estimatoria del amparo solicitado con efecto *inter partes*, esto es, exclusivamente en beneficio de aquellos cuyos casos fueron objeto del fallo de revisión, conduciría a una situación inequitativa frente a todos aquellos otros pensionados que, encontrándose en una situación idéntica, no resultarían incluidos en la orden de protección y quedarían sometidos a la eventualidad de un proceso separado. La Corte decidió conceder el amparo y emitir una orden de protección con efecto *inter comunis*, esto es, aplicable a todas aquellas personas que, no obstante que no se hubiesen hecho parte del proceso, en razón de la identidad de sus circunstancias jurídicas hiciesen parte de un solo colectivo.

Como ejemplo de las decisiones con efecto *inter pares* está la reciente sentencia de unificación a través de la cual la Corte Constitucional fijó un criterio uniforme frente al problema, al que se ha hecho referencia, de los deudo-



res de créditos hipotecarios beneficiarios de un esquema de reliquidación y alivio previsto en la ley y por virtud del cual, a tenor de la doctrina constitucional, debían terminarse los procesos ejecutivos que se encontrasen en curso, aun cuando quedasen pendientes saldos insolutos. La Corte, al estudiar la situación de un buen número de procesos acumulados, indicó que los efectos de la decisión adoptada se extenderían con carácter general a todos los procesos ejecutivos en curso, iniciados antes del 31 de diciembre de 1999 y que se refieran a créditos de vivienda, en los cuales no se haya registrado el auto de aprobación del remate o de la adjudicación del inmueble y respecto de los cuales no se hubiere interpuesto tutela.

Haciendo una síntesis de este aparte, podemos señalar que en el diseño de la acción de tutela en Colombia no se presenta un verdadero problema de articulación de jurisdicciones, porque para la protección de los derechos fundamentales por esta vía, los jueces ordinarios se integran a una jurisdicción jurisdiccional que tiene como órgano de cierre indiscutido a la Corte Constitucional. Se han presentado, sí, problemas en torno al alcance vinculante de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, los cuales, no obstante los problemas de seguridad jurídica a los que pueden dar lugar, la congestión que producen en la instancia de revisión y la inequidad que puede presentarse en los casos que escapan al proceso de selección de tutelas para revisión, han encontrado respuesta dentro del propio ordenamiento de la acción de tutela.

3.2.2 Los verdaderos problemas de articulación entre jurisdicciones en materias relacionadas con la protección de los derechos fundamentales se han presentado cuando las personas deben acudir a la Jurisdicción ordinaria para ventilar los asuntos de diversa naturaleza que surgen en la vida de relación, evento en el que puede ocurrir que no obtengan la protección de un derecho fundamental que fue expresamente solicitada en el proceso; o que, en el curso de éste, se produzcan actuaciones de los jueces que se estimen violatorias de los derechos fundamentales; o, finalmente, que se considere



que la propia sentencia comporta la violación de los derechos fundamentales de una persona.

Este escenario ha dado lugar a una intensa controversia jurídica en Colombia y ha provocado fricciones entre las más altas corporaciones judiciales, que se han evidenciado en lo que coloquialmente se conoce como el «choque de trenes».

Esa controversia, que entre nosotros gira específicamente en torno a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, es expresión palpable del problema teórico que constituye el eje temático de esta VI Conferencia Iberoamericana, tal como se puede apreciar en los argumentos que militan en cada uno de los extremos de la misma:

Por un lado, se ha señalado que el carácter normativo de la Constitución implica que todos los jueces, en el ejercicio de sus competencias ordinarias, interpretan y aplican las disposiciones constitucionales, que deben incorporar a su juicio la consideración de los derechos fundamentales que estén en juego en cualquier controversia o asunto que sea sometido a su conocimiento y que, razones de independencia y autonomía judicial, por un lado, y de seguridad jurídica, por otro, impiden que una decisión definitiva, adoptada con las garantías del debido proceso y agotadas todas las instancias que frente a ella se hayan previsto en el respectivo ordenamiento procesal, sea susceptible de nueva controversia ante un juez distinto por la vía de una acción constitucional ajena al proceso a través del cual se tramitó inicialmente el asunto. En otra dimensión de la controversia, se ha expresado que, aunque excepcionalmente cabe la acción de tutela contra providencias judiciales, la misma no procede en ningún caso contra las decisiones de los más altos tribunales de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, puesto que, por expresa disposición constitucional, ellos son «supremos» en su respectivo ámbito de competencia.



Por el otro lado, se ha puesto de presente que, tanto el sistema que el constituyente diseñó para el amparo de los derechos fundamentales, como la creación de la Corte Constitucional, ponen en evidencia la voluntad expresa de introducir un modelo tendencialmente concentrado de control de constitucionalidad, que en materia de protección de derechos fundamentales encuentra una justificación teórica en la necesidad de unificar la jurisprudencia constitucional y una explicación política en el propósito de incorporar un nuevo enfoque jurídico que, frente al formalismo de las estructuras judiciales tradicionales, impusiese la dinámica de la nueva Constitución.

Como se puede ver, en Colombia la tutela contra providencias judiciales no ha sido una institución pacífica.

Desde una perspectiva crítica, se ha puesto de presente que el debate no puede plantearse como referido a la contraposición de un modelo que garantiza y protege los derechos fundamentales frente a otro que mantendría, con base en consideraciones esencialmente formales, la intangibilidad de actuaciones de ciertos poderes públicos, no obstante, que sean lesivas de los derechos de las personas. El debate, se ha dicho, admite una aproximación desde una perspectiva distinta. Difícilmente podría sostenerse que no hay unanimidad en nuestro medio en torno a la necesidad de proteger los derechos fundamentales de las personas y, aun, en cuanto a la imposibilidad, conforme a nuestro ordenamiento, de mantener intangible la actuación de una autoridad pública que sea lesiva de tales derechos.

Sin embargo, cabe preguntarse, conforme al diseño institucional plasmado por los constituyentes de 1991, a quién le corresponde adelantar esa labor de protección. Es claro que de acuerdo con la Constitución: todos los jueces aplican la constitución y, por disposición expresa del artículo 86 de la Carta, la protección de los derechos fundamentales se confía, en primera instancia, a los jueces en el ejercicio de sus competencias ordinarias, de manera que el ámbito del juez constitucional es meramente residual, en aquellos casos en los



que no sea posible obtener el amparo constitucional por la vía ordinaria. El debate versaría, entonces, sobre si, de acuerdo con el diseño constitucional, el esquema de protección de los derechos fundamentales, cuando se plantea frente a la actuación de los jueces, se agota en el ámbito de la respectiva jurisdicción, o si, por el contrario, cabe remitirlo a una Jurisdicción constitucional especializada, caso en el cual habría de señalarse en qué hipótesis y bajo qué condiciones procede esa remisión.

No se trataría entonces, a la luz de las anteriores consideraciones, de afirmar que, de acuerdo con lo expresado por los altos tribunales de justicia, ciertos actos jurisdiccionales escaparían al control de constitucionalidad pese a ser violatorios del sistema constitucional de derechos, garantías y deberes, lo cual, ciertamente, no se compadece con la idea de Estado Social de Derecho, sino de establecer si los controles para la defensa de los derechos fundamentales frente a sentencias judiciales deben tramitarse, exclusivamente, a través de los recursos ordinarios, que encuentran su cierre en la cúpula de la respectiva jurisdicción, o si hay un modelo de Jurisdicción constitucional, concentrado en el extremo y que tiene la función especializada y directamente atribuida por la Constitución, de velar por la efectiva protección de los derechos fundamentales, hipótesis esta última en la que sería necesario precisar las condiciones en las que tal jurisdicción especializada debe actuar.

Debe tenerse en cuenta, además, que, más allá de la discusión sobre la manera de cómo deben articularse los mecanismos para la defensa judicial de los derechos fundamentales, la creación de una Jurisdicción constitucional especializada se orienta a establecer una instancia a la que corresponde interpretar con autoridad la Constitución de modo que las personas tengan certeza sobre el sentido que tienen los derechos y las reglas que establece la Carta.

Así planteada la discusión, es importante recordar que en Colombia la tutela contra providencias judiciales constituye un instrumento de protección de los derechos fundamentales que tiene asidero directo en la Constitu-



ción Política. Por su intermedio se pretende resolver la tensión que, en el propósito de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, ha surgido entre la autonomía e independencia funcional de los jueces en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, y la necesidad de contar con una instancia de cierre en materia de derechos fundamentales que garantice una aplicación uniforme de la Constitución y un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento.

La tutela contra sentencias es también un mecanismo indispensable para el adecuado funcionamiento del modelo de control constitucional adoptado por el Constituyente de 1991, el cual se inclinó, como ya se mencionó, por un sistema mixto: en parte *difuso*, dentro del objetivo de permitir la protección inmediata de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela; y en parte *concentrado*, en cuanto se creó un órgano especializado y supremo –la Corte Constitucional– con el propósito de unificar la jurisprudencia y definir con criterio unitario y supremo el contenido y alcance de los derechos fundamentales. El modelo es difuso porque todos los jueces de tutela aplican directamente la Constitución y pueden inaplicar la ley cuando la encuentre contraria a la Constitución; y es concentrado, porque, por un lado, el control abstracto de normas se atribuyó, salvo una competencia residual del Consejo de Estado, a la Corte Constitucional, y, por otro, por la vía de la revisión eventual de las acciones de tutela, se atribuyó a la Corte Constitucional la competencia para decidir en última instancia todos los asuntos relacionados con la protección de los derechos fundamentales.

La coexistencia de un sistema mixto de control constitucional, parcialmente *difuso* y parcialmente *concentrado*, lleva entonces inmersa la necesidad de establecer la forma cómo deben articularse las distintas jurisdicciones, siendo éste un conflicto que precisamente encuentra asidero en la llamada tutela contra providencias judiciales, pues allí pueden convergen las diversas competencias en torno a la resolución de un mismo asunto jurídico.



Sobre esto último, ha precisado la propia jurisprudencia que el fundamento constitucional de la tutela contra las vías de hecho se concreta en la implementación por parte del Constituyente del 91 de un nuevo sistema de justicia constitucional basado, específicamente, en el carácter normativo y supremo de la Constitución Política que vincula a todos los poderes públicos; en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales; en la existencia de un tribunal constitucional a quien se le atribuye la interpretación de la Constitución y la salvaguarda de los derechos fundamentales; y en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública en defensa de sus derechos fundamentales

Cabe advertir que, aun cuando el artículo 86 Superior no hace una referencia expresa a la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la circunstancia específica de que el amparo constitucional sea oponible a todos los servidores públicos sin excepción indica que no existe en Colombia una presunción de derecho que proteja en forma inconsulta la constitucionalidad de las actuaciones de los órganos del Estado y, en particular, de las autoridades a quienes se les asigna la función de administrar justicia. Por tanto, debe entenderse que la expresión «*cualquier autoridad pública*» comprende, sin distinguir ninguno, a todas las ramas del Poder Público y a los demás órganos que conforman el Estado.

Ahora bien, atendiendo a los principios de autonomía e independencia judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha reconocido a la acción de tutela contra providencias judiciales un alcance excepcional y restrictivo, en el sentido que su formulación se reduce al ámbito de las actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, esto es, a las decisiones carentes de fundamento objetivo y manifiestamente contrarias a la Constitución y a la ley que conllevan la violación de uno o más derechos fundamentales.

La hermenéutica constitucional ha denominado las actuaciones de ese tipo como «*vías de hecho*», precisamente, por encontrarse en franca oposición

con las vías que encuentran fundamento en el derecho y que constituyen la base de la función judicial. Cuando esto ocurre, la revisión en sede de tutela tiene una clara justificación, ya que los pronunciamientos judiciales que se apartan de las reglas preestablecidas y afectan indebidamente los derechos fundamentales, son en realidad una desfiguración de la actividad judicial que deslegitima la autoridad confiada al juez para administrar justicia.

Más adelante, la jurisprudencia constitucional matizó el concepto de vía de hecho como presupuesto para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, y manteniendo los rasgos esenciales de la figura, pero refinándolos y complementándolos, dio paso a lo que hoy se conoce como la doctrina sobre los requisitos generales y especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

Considerando que la revisión constitucional de las providencias judiciales tiene un alcance excepcional y restrictivo, la Corte Constitucional, tanto en fallos de constitucionalidad como en fallos de tutela, ha venido construyendo una decantada doctrina en torno al catálogo de requisitos que se deben cumplir para que ésta resulte procedente. Dentro de tales requisitos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter especial, que tienen que ver directamente con la procedencia misma de la protección de amparo una vez definida la procedibilidad general de la tutela.

3.2.3 *Requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*

a) **Que el asunto planteado en sede de tutela sea constitucionalmente relevante.**

Sobre la base de que es el juez ordinario el llamado a resolver los conflictos jurídicos que se susciten, la posibilidad de que la autoridad constitucional



entre a cuestionar su proceder ilegítimo está condicionado a que de éste surja un problema constitucional, es decir, un conflicto que trascienda el ámbito de la mera legalidad y que implique la afectación o amenaza grave e inminente de los derechos fundamentales de alguna de las partes.

b) Que previamente se hayan hecho uso de los mecanismos ordinarios de defensa judicial previstos en el ordenamiento, a menos que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La Corte ha sido particularmente incisiva en sostener que el recurso de amparo constitucional no fue diseñado como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario de aquellos que, de ordinario, son los llamados a garantizar la efectividad de los derechos. Por eso, tratándose de la eventual afectación de derechos fundamentales por una actuación judicial, el juez constitucional debe evaluar previamente, en cada caso particular, si existen otros mecanismos de defensa a los cuales se pueda acudir para proteger los derechos afectados y si los mismos son lo suficientemente idóneos y eficaces.

c) Que el interesado haya acudido oportunamente a los recursos previstos en el proceso para reclamar la protección de sus derechos.

La jurisprudencia ha aclarado¹⁰ que el imperativo constitucional según el cual la acción de tutela no procede frente a la existencia de otros medios de defensa judicial, se extiende, por supuesto, a los casos en que se han dejado vencer los plazos previstos en la ley para interponer los respectivos recursos, ya que el modelo de amparo constitucional no ha sido diseñado para revivir términos ni para rehacer actuaciones procesales ya superadas.

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-567 de 1998 y T-654 de 1998.

d) Que la situación irregular sea alegada por el actor dentro de un término razonable al de su ocurrencia.

En la medida que la tutela persigue la protección actual e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales es estrictamente necesario, para que se logre ese objetivo constitucional, que su ejercicio se formule dentro del marco de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos, es decir, de forma consecutiva o próxima al suceso calificado de ilegítimo.

e) Que el afectado identifique someramente la actuación que se considera lesiva de los derechos, cuáles son éstos y las razones de su presunta violación.

Por oposición a lo que ocurre en los demás ámbitos de procedencia de la tutela, en los que prevalece la informalidad, tratándose de tutela contra providencias judiciales, la Corte¹¹ tiene establecido que su valoración no procede en abstracto sino que se requiere que quien reclama la protección señale los derechos afectados explique con cierto nivel de detalle en qué consiste la violación alegada y determine la incidencia directa y definitiva que ésta pueda tener en la providencia cuestionada.

f) Que la presunta actuación irregular tenga un efecto directo y definitivo en la decisión de fondo adoptada por la autoridad judicial.

La Corte¹² ha manifestado que cuando se controviertan providencias judiciales, en particular por defectos de tipo procedimental, es necesario que el vicio alegado incida de tal forma en la decisión final que de no haberse

¹¹ Ver sentencias T-654 de 1998 y T-068 de 2005.

¹² En ese sentido, confrontar las sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2000 y T-068 de 2005.



presentado o de haberse corregido a tiempo habría variado sustancialmente el alcance de esta última.

g) Que la tutela no se dirija contra una sentencia de tutela.

La Corte Constitucional ha precisado que las sentencias de tutela, y en general las decisiones que se adopten en el trámite de esta clase de procesos, no pueden ser controvertidas a través de la interposición de una nueva acción de tutela, toda vez que, además de alterarse la naturaleza jurídica de la misma y frustrarse el objetivo perseguido por el Constituyente del 91, admitir tal proceder le estaría reconociendo un carácter indefinido a los conflictos que se ventilan por esa vía de amparo, con grave perjuicio para la seguridad jurídica y para el goce efectivo y real de los derechos fundamentales que la misma acción está llamada a proteger y garantizar.

3.2.4 *Requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*

Además de los requisitos generales a los que se ha hecho expresa referencia, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial es necesario que la actuación judicial pueda ser calificada como constitutiva de una vía de hecho mediante la acreditación de alguno de los requisitos o causales especiales de procedibilidad, las cuales deben estar plenamente demostradas. El objetivo de tal exigencia es definir y delimitar el ámbito de competencia del juez constitucional con el fin de evitar que éste exceda sus facultades e incursione en aspectos reservados al juez de la causa, los cuales ejerce de conformidad con la ley del proceso y con fundamento en los principios de autonomía e independencia judicial. En ese propósito, la jurisprudencia ha identificado los presupuestos fácticos que habilitan el recurso al amparo constitucional frente a una providencia judicial, precisando que ello tiene ocu-



rencia cuando se advierte en la actuación judicial la existencia de, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos:

- Defecto orgánico, se presenta cuando la decisión cuestionada ha sido proferida por un funcionario judicial que carecía de competencia para ello.
- Defecto sustantivo o material, surge cuando la decisión judicial se sustenta en una disposición claramente inaplicable al caso concreto.
- Defecto fáctico, tiene lugar cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- Defecto procedimental, se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido para el proceso.
- Defecto o vía de hecho por consecuencia, también conocida como error inducido, se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño o de una actuación negligente por parte de terceros y tal hecho lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

No sobra destacar que en estos últimos años, la jurisprudencia constitucional ha presentado una importante evolución en torno a las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo jurisprudencial ha permitido establecer que las decisiones judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales a los ya reseñados, que si bien no se ajustan estrictamente al criterio tradicional de la vía de hecho, conservan su misma entidad en cuanto mantienen como elemento común para su formulación y operancia: un quebrantamiento de la Constitución y del orden jurídico establecido, por parte de la decisión cuestionada, materializado a su vez en una violación o amenaza de derechos fundamentales. Así, a partir de la sentencia T-774 de 2004¹³, la

¹³ Sobre el punto se pueden consultar también las sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005.



jurisprudencia ha considerado que también cabe la acción de tutela contra una providencia judicial en los siguientes casos:

- Cuando la decisión no ha sido motivada, en cuanto ello implica el incumplimiento de los servidores judiciales de su deber de incluir en la misma providencia los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, bajo el entendido que, precisamente, en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

- Cuando se desconoce el precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, en los casos en que la Corte Constitucional fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando o desconociendo sustancialmente dicho alcance. En tales eventos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental violado o amenazado¹⁴.

- Y cuando se presenta una violación directa de la Constitución, lo cual puede ocurrir en los eventos en que, amparado en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.

Por otra parte, es preciso puntualizar que la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar que la acción de tutela contra sentencias no le confiere al juez constitucional facultad para suplantar al juez ordinario.

Tal como se explicó, en consideración al carácter excepcional y restrictivo, la Corte se ha ocupado de fijar límites al ámbito de competencia del juez de tutela cuando se trata de juzgar la existencia de una presunta vía de hecho, sosteniendo que su actuación se restringe al estudio de la providencia acusada únicamente desde la perspectiva de la amenaza o violación de los derechos

¹⁴ Cfr. sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.



fundamentales y cuando no sea posible obtener su protección por la vía ordinaria.

Viene señalando la jurisprudencia que a la autoridad constitucional no se le reconoce potestad para sustituir la competencia del juez natural en la aplicación del derecho legislado al caso concreto, es decir, para entrar a resolver la cuestión litigiosa debatida y resuelta en el respectivo proceso. Sobre esa base, ha previsto la Corporación que, advertida la existencia de una vía de hecho con trascendencia constitucional, en principio, el juez constitucional no está habilitado para proferir directamente una nueva decisión de fondo, para adicionarla o para reemplazarla dándole vigencia a la decisión proferida por el inferior. En esos casos, su facultad sólo le permite declarar la nulidad de la providencia acusada y constitutiva de la violación, procediendo, sí, a fijar los parámetros constitucionales dentro de los cuales debe actuar el juez ordinario al momento de dictar la nueva providencia.

65

Aun cuando esta regla tiene en principio un alcance general, la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia, de rechazar la posibilidad de la tutela contra sentencias y más específicamente, contra los fallos de casación que profiera la propia corporación a través de sus salas especializadas, ha llevado a este Tribunal a establecer algunas excepciones.

Así, con motivo de la negativa de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a cumplir la decisión proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-1185 de 2003, esta Corporación, en el Auto 010 de 2004, dispuso que, en aquellos casos en que el juez ordinario se abstenga de acatar la decisión del juez constitucional, este último –y en especial la Corte Constitucional– se encuentra plenamente habilitado para adoptar las medidas que sean necesarias en procurar de preservar, en forma real y efectiva, los derechos constitucionales fundamentales desconocidos por la corporación judicial renuente a cumplir las órdenes de tutela.



Dentro de las medidas adoptar en esos eventos, se dijo en dicho Auto que «se cuentan la de proceder a dictar una sentencia de reemplazo si no existe otra forma de hacer cumplir lo ordenado¹⁵, o en su defecto, la de tomar una decisión complementaria al fallo incumplido que haga cesar la violación de los derechos fundamentales, como puede ser, sin modificar lo ya resuelto, la de dejar en firme la decisión judicial que fue revocada por la alta Corporación de justicia en ejercicio de su competencia funcional, cuando a juicio de la Corte Constitucional aquella interprete en debida forma el criterio sentado en la respectiva sentencia de Revisión y garantice la protección de los derechos conculcados por la alta Corporación».

Para fundamentar su decisión, entre otras consideraciones, la Corte expresó en el Auto 010 de 2004, lo siguiente:

Teniendo en cuenta el objetivo que persigue el recurso de amparo constitucional, es claro que las órdenes contenidas en las decisiones de tutela, dirigidas a la protección de los derechos, tienen que acatarse y cumplirse sin excepción. La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. El incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta. Por una parte, en cuanto frustra la consecución material de los fines esenciales del Estado, como son la realización efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, el mantenimiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Preámbulo, arts. 1.º y 2.º). Y por la otra, en cuanto dicha omisión contraría, además de las normas constitucionales que regulan la acción de tutela y el derecho infringido, también aquellas que reconocen

¹⁵ La opción de dictar una sentencia de reemplazo fue utilizada por la Corte Constitucional en la sentencia T-951 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), al declarar la nulidad de un fallo de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y otro de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de los cuales, por razones de fondo y forma, se había negado el derecho a la pensión de invalidez a un discapacitado. En esa oportunidad, la Corte consideró que el actor sí tenía derecho a la prestación y ordenó directamente al I.S.S. concederle la pensión por invalidez de origen no profesional.

en el valor de la justicia y en los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, pilares fundamentales del modelo de Estado Social de Derecho.

En consecuencia, tratándose de la tutela contra providencias judiciales, con el fin de hacer cumplir sus órdenes y de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, es posible que la Corte Constitucional, e incluso el juez de tutela de primera instancia, adopten medidas especiales propias del juez de la causa, como pueden ser la de dictar una sentencia de reemplazo o la de proferir decisión complementaria al fallo incumplido.

Los referidos problemas de articulación, no obstante el ejercicio de depuración de las condiciones de la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales del que hemos dado cuenta, se explican en buena medida por el temor de que por la vía del amparo, aplicada de un modo extensivo, la Corte Constitucional entre a juzgar toda la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios, y por el papel que su carácter como juez constitucional le confiere a la Corte Constitucional como supremo intérprete de la Carta y la consiguiente posibilidad de fijar el sentido vinculante de sus disposiciones frente a todos los poderes públicos.

Es preciso destacar, sin embargo, que no estamos ante una usurpación de funciones por parte de un juez constitucional que desborda el molde que le ha sido fijado por la Constitución para ocupar espacios reservados al legislador o a las jurisdicciones ordinarias, sino de una distinta distribución de competencias derivada, necesariamente, de los nuevos paradigmas constitucionales. Pero, a diferencia de lo que se señala por sus críticos, el nuevo ámbito de la Jurisdicción constitucional no da paso al arbitrio del juez constitucional, entre otras, por las siguientes razones:

- Se mantiene, en primer lugar, el primado de concreción del legislador, quien es el llamado a dar contenido normativo concreto a los postulados generales de la Constitución. Todos los jueces, incluido el juez constitucio-



nal, no sólo están vinculados por la Constitución sino también por la ley y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 4.º Superior, sólo pueden apartarse de ella –para aplicar directamente las disposiciones constitucionales– cuando la norma inferior resulte manifiestamente incompatible con la Constitución.

Este principio es, también, garantía del ámbito competencial de los jueces en las restantes jurisdicciones puesto que, en la aplicación de la ley, éstas se articulan de manera independiente, tienen su propia jerarquía funcional y su respectivo órgano de cierre. Sólo en aquellos casos extremos en los que se haya desconocido el mandato del artículo 4.º puede, y debe, intervenir el juez constitucional para hacer prevalecer la Constitución y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

- En segundo término, el control de constitucionalidad, tanto en su expresión como control abstracto de normas como en sus manifestaciones concretas a través de la acción de tutela, tiene, entre nosotros, carácter estrictamente jurisdiccional, esto es, está gobernado por las reglas que rigen la función judicial.

- Y, en tercer lugar, esa irradiación de la Constitución hacia todas las áreas del derecho, y la posición del juez ordinario que, bien sea en el ámbito de sus competencias ordinarias o como juez de tutela, debe aplicar la Constitución, impone la necesidad de un centro de unificación de la jurisprudencia, responsabilidad que el ordenamiento superior ha confiado a la Corte Constitucional.

Este papel de la Corte Constitucional tiene una doble connotación porque, por un lado, la Corte se convierte en garante de uniformidad de la respuesta jurídica, al fijar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales. Por otro lado, las exigencias de corrección argumentativa y justificación suficiente se hacen, por la misma razón que se acaba de acotar, más urgentes frente al Tribunal Constitucional. Su competencia para fijar interpretativa-



mente el sentido de la Constitución no puede entenderse como un poder en blanco para llenar de contenido, como un arbitrio judicial, los textos abiertos de la Carta Fundamental. Por el contrario, esa labor exige rigor metodológico y claridad en el razonamiento como presupuesto de legitimidad.

4. CONCLUSIÓN

Para finalizar permítanme hacer un recuento a manera de conclusión.

En primer lugar, es preciso destacar la importancia que en el modelo del Estado Constitucional, democrático y social de derecho tiene la justicia constitucional, bien sea que se conciba como orgánicamente diferenciada o que actúe dentro de la Jurisdicción ordinaria a través de instrumentos procesales aptos para asegurar la supremacía de la Constitución.

69

Me parece igualmente relevante poner de presente la especial significación que la justicia constitucional tiene en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Las cartas de derechos son expresión temprana del constitucionalismo, sin embargo, la garantía de los derechos constitucionales es una realidad entrañablemente vinculada al surgimiento de una justicia constitucional, sea difusa o concentrada. La dinámica en la interpretación de la Constitución y la fijación del sentido y el alcance de los derechos es la expresión propia de la justicia constitucional.

Es claro que la inserción de una Jurisdicción constitucional en las estructuras jurídicas originarias de la primera época del constitucionalismo puede generar tensiones con diverso grado de intensidad según los distintos modelos institucionales. Pero es claro, también, que la Constitución normativa, como signo del constitucionalismo contemporáneo, conduce, de manera ineludi-



ble, a la afirmación de una justicia constitucional que sea capaz de asegurar la supremacía de la Carta y la vigencia de los derechos.

Allí donde no hay diferenciación orgánica de jurisdicciones es preciso, de todos modos, preservar y consolidar los instrumentos que les permiten a los jueces ejercer la defensa de la Constitución y actuar para la protección de los derechos consagrados en ella. En aquellos Estados en los que el constituyente optó por establecer una Jurisdicción constitucional especializada, es necesario avanzar en el afianzamiento de un modelo que, más allá de las fricciones coyunturales y episódicas, permita hacer de la supremacía constitucional una realidad que para las personas se traduzca en la materialización de aquellos valores y principios incorporados en nuestras Cartas fundamentales y que irradian la plenitud del ordenamiento jurídico para hacer efectivas las promesas de libertad, igualdad y justicia propias del constitucionalismo.

De manera específica, podemos señalar, además, que:

La tutela contra decisiones judiciales es una exigencia del Estado Constitucional de Derecho en orden a asegurar la aplicación uniforme de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional ha venido decantando una doctrina en torno al control constitucional de las decisiones judiciales, a través de una estricta construcción técnica, expresada en un conjunto de requisitos y reglas de procedibilidad que le han impreso a esta posibilidad un carácter estrictamente excepcional y restrictivo.

El paso del tiempo permitirá consolidar la institución de la que se perfilan como rasgos definitorios, de un lado, el papel preponderante que debe cumplir el juez ordinario en la promoción y protección de los derechos fundamentales y, de otro, el carácter subsidiario, excepcional y técnicamente riguroso del control constitucional de las decisiones judiciales.



Las relaciones entre Jurisdicciones



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

5.1 A Jurisdição Constitucional no Brasil

GILMAR FERREIRA MENDES

Vicepresidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil

73

Sumario: 1. Introdução.—II. Evolução histórica: breves comentários.—III. Controle difuso de constitucionalidade.—IV. Controle abstrato de constitucionalidade.—V. Singularidades de um sistema de convivência entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade: as relações entre o Supremo Tribunal Federal e os demais juízes e tribunais.—VI. Conclusões

I.

INTRODUÇÃO

A Jurisdição Constitucional possui raízes nas culturas jurídicas formadas nos contextos anglo-americano e europeu-continental. Não parece incorreto dizer que é quase impossível fazer um estudo sobre a temática do controle de constitucionalidade sem fazer referência aos clássicos modelos *difuso*, de origem norte-americana, e *concentrado*, de origem européia (continental).



É no contexto ibero-americano, porém, que a jurisdição constitucional assumiu, ao longo de sua história, as formas mais peculiares e complexas de que se tem conhecimento. A análise dos sistemas que foram conformados nos países ibero-americanos pode revelar modelos de controle de constitucionalidade extremamente criativos, condicionados à própria realidade plural e complexa das diversas nacionalidades, sobretudo no contexto latino-americano. Como bem analisou o Professor Francisco Fernández Segado, um dos maiores estudiosos sobre a matéria, os países latino-americanos constituem um verdadeiro «laboratório constitucional» no tocante às técnicas de controle de constitucionalidade¹⁶.

Assim, mais do que modelos estanques fundados nos clássicos sistemas norte-americano ou europeu-continental, a jurisdição constitucional nos países ibero-americanos é caracterizada por modelos híbridos, construídos de forma criativa de acordo com a heterogeneidade cultural que caracteriza a região.

O Brasil não se distancia dessa realidade. Assim como os países ibero-americanos em geral, a jurisdição constitucional brasileira foi construída num ambiente constitucional democrático e republicano, apesar das interrupções causadas pelos regimes autoritários¹⁷. Se as influências do modelo difuso de

¹⁶ Cfr. Fernández Segado, Francisco. *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Libreria Bonomo; 2005, p. 39.

¹⁷ A história constitucional brasileira tem sido uma história de instabilidade institucional. É verdade que sob a Constituição imperial 1824 o país experimentou relativa estabilidade política. A história republicana tem sido, porém, uma história acidentada. Entre 1891 e 1988 o país teve seis Constituições. De 1937 a 1945 o país esteve submetido à Ditadura exercida pelo Presidente Vargas. Em 1964, um Golpe militar encerrou o ciclo institucional da Constituição de 1946. Ainda que as instituições básicas, especialmente o Congresso Nacional e Poder Judiciário, tenham sido preservadas, os poderes excepcionais confiados ao Presidente da República, as eleições diretas para Presidente, Governador de Estado e Prefeitos de Capitais, fizeram com que esse regime excepcional se prolongasse de 1964 até 1985. A despeito de todos os percalços



origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.

A Jurisdição Constitucional no Brasil pode ser hoje caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o *mandado de segurança* –uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro– o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, a *ação civil pública* e a *ação popular*. Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a *ação direta de inconstitucionalidade*, a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, a *ação declaratória de constitucionalidade* e a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

75

A convivência dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no Brasil desfaz a nitidez com que a distinção entre Jurisdição constitucional e Jurisdição ordinária é apreciada em outros sistemas do direito comparado. Isso não quer dizer, por outro lado, que no sistema brasileiro também não ocorram problemas típicos das relações entre uma Corte Constitucional e os demais juízes e tribunais que exercem, comumente, a jurisdição de perfil ordinário.

A construção histórica da Jurisdição Constitucional no Brasil e suas principais características são objeto do presente estudo, elaborado especialmente para a Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional.

institucionais, o Poder Judiciário tem sido um importante protagonista da vida institucional do País desde a proclamação da República.



II.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA: BREVES COMENTÁRIOS

II.1 Constituição do Império de 1824

A Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador Pedro I após a dissolução da Assembléia Constituinte instalada em 1822, foi concebida como uma Constituição semi-rígida. Nos termos do art. 178, primeira parte, da Constituição, só era «constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e individuais do Cidadão». Aquilo que não fosse *constitucional* poderia ser alterado mediante lei ordinária (art. 178, 2.^a parte).

Essa norma contribuiu para a longa vigência da Constituição do Império, marcada como a de maior duração na história do Brasil. Com a sua revogação, em 1889, completou ela 65 anos, na época, a segunda Constituição mais antiga do mundo, superada apenas pela Constituição norte-americana. Em todo esse período, foi emendada uma única vez.

Essa Constituição não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade.

Anote-se que, embora a Constituição do Império consagrasse, formalmente, a independência do Poder Judiciário e a vitaliciedade dos magistrados no exercício das funções (art. 151), previa expressamente a possibilidade de suspensão do exercício das funções por ato do Imperador (art. 154). Com base nesse poder especial foram aposentados inúmeros juízes, inclusive juízes do Supremo Tribunal de Justiça¹⁸.

¹⁸ Cfr. Nogueira, Octaciano, A Constituição de 1824, Senado Federal, 1999, p. 36-37.



A influência francesa foi decisiva para que fosse outorgado ao Poder Legislativo a atribuição de «fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las», bem como «velar na guarda da Constituição» (art. 15, n. 8.º e 9.º). Isso significava que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante¹⁹.

Era a consagração do dogma da soberania do Parlamento no Brasil.

Por outro lado, a instituição de um *Poder Moderador* assegurava ao Chefe de Estado o mister de velar pela «manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes» (art. 98). Assim, cabia ao Poder Moderador, exercido pelo Imperador, fazer com que cada um dos poderes se conservasse em sua órbita, e concorresse harmoniosamente com os outros para o fim social, o bem-estar nacional. Nas lições de Pimenta Bueno, esse Poder tinha como função principal manter o equilíbrio entre os poderes, impedindo seus abusos, conservando-os na direção de sua alta missão²⁰.

Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle *judicial* de constitucionalidade²¹.

É verdade, porém, que as decisões do Supremo Tribunal de Justiça poderiam ser dotadas de efeito vinculante. O Tribunal, porém, jamais fez uso da competência para proferir decisões com eficácia *erga omnes* (*assentos*), que lhe outorgava a faculdade de interpretar, de forma autêntica, o direito civil, comercial e penal (Dec. Legislativo n. 2.684, de 23.10.1875, e Dec. n. 2.142, de 10.3.1876).

¹⁹ Bueno, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 69.

²⁰ Bueno, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, cit. p. 203.

²¹ Cfr. Bittencourt, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 27-28; BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. RDP n. 4, 1968, p.36; Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 155.



II.2 O controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1891

A Constituição de 1891, a primeira Constituição da fase republicana, consagrou o modelo federativo, reconhecendo a autonomia dos Estados-membros. Tratava-se de uma proposta ousada, pois se experimentava substituir a administração (relativamente) centralizada do modelo monárquico por uma experiência federativa, de nítida influência norte-americana.

O Supremo Tribunal Federal foi então constituído para ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O Tribunal deveria ser composto, de acordo com a Constituição, por 15 juízes de notável saber e reputação, nomeados pelo Presidente da República, submetida essa nomeação à aprovação do Senado Federal (Constituição de 1891, art. 56 c/c art. 48, 12). Como a Constituição não explicitava se o «notável saber» deveria ser jurídico, o Presidente Floriano Peixoto chegou a nomear, inicialmente, um general e um médico. Este chegou a exercer o cargo, mas o Senado posteriormente assentou que apenas juristas poderiam compor o Supremo Tribunal Federal.

No que concerne ao controle de constitucionalidade, o regime republicano inaugurou uma nova concepção. A influência do direito norte-americano parece ter sido decisiva para a consolidação do *modelo difuso*, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1.º, a e b).

O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu, no seu art. 3.º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. Esse dispositivo consagrou o sistema de controle por via de exceção, «ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação da parte»²².

²² Barbi, Celso Agrícola. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. RDP n. 4, cit. p. 37; Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições rígidas*, cit. p. 156.



Estabelecia-se, assim, o *julgamento incidental da inconstitucionalidade*, mediante provocação dos litigantes. E, tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9.º, parágrafo único, a e b, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A Constituição de 1891 então incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos estaduais em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1.º, a e b).

Rui Barbosa, o grande doutrinador brasileiro da 1.ª República, destacou a amplitude do instituto adotado pelo regime republicano, como se vê na seguinte passagem de seu trabalho elaborado em 1893:

«O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: «O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos».

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que

«Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal» (art. 60, a);

como, ainda, que

«Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1.º, a)».



A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito»²³.

A Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de *controle difuso de constitucionalidade*, consagrando no art. 13, § 10, cláusula segundo a qual «os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição».

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o *controle difuso de constitucionalidade*.

Peculiar significado foi atribuído ao *habeas corpus* como instrumento de proteção jurídica contra qualquer ato arbitrário do Poder Público (Constituição de 1891, art. 73, §§ 1.º e 2.º). Esse remédio jurídico, que, no seu sentido clássico, destinava-se à proteção do direito de ir e vir (liberdade), foi utilizado, nesse primeiro momento no Brasil, para proteger outros direitos individuais que estivessem vinculados, de forma direta ou indireta, à liberdade pessoal. Esse desenvolvimento foi denominado *doutrina brasileira do habeas corpus*.

²³ Barbosa, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-5.



As decisões proferidas em alguns processos de *habeas corpus* contribuíram para que o Supremo Tribunal Federal se visse envolvido em sérias crises, já no começo de sua judicatura.

A Emenda Constitucional de 1926 mudou as disposições sobre o processo de *habeas corpus*, restringindo o seu âmbito de aplicação à proteção do direito de ir e vir contra perigo iminente de violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal.

De qualquer sorte, *é inegável a consolidação de um amplo sistema de controle judicial difuso de constitucionalidade do direito brasileiro a partir da Constituição de 1891*. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. «Os tribunais –dizia Rui Barbosa– não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...)»²⁴. E sintetizava, ressaltando que a *judicial review* «é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação»²⁵.

II.3 A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade

A Revolução de 1930 pôs termo à Primeira República no Brasil²⁶. As funções legislativas e executivas foram confiadas temporariamente a um Governo Provisório (Dec. n. 19.398, de 11.11.1930). O número de Juízes do Supremo Tribunal Federal foi reduzido de quinze para onze, dividindo-se o

²⁴ Barbosa, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*, cit. p. 83.

²⁵ Barbosa, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*, cit. p. 83.

²⁶ Meirelles, Domingos. 1930: *Os Órfãos da Revolução*. Rio de Janeiro: Record, 2005; Ribeiro, José Augusto. *A Era Vargas*. Rio de Janeiro: Casa Jorge Editorial, v. 1, 2002.



Tribunal em duas Turmas formadas por cinco Ministros (Dec. n. 19.656, de 3.2.1931). Ainda nesse período, Getúlio Vargas, como Chefe desse Governo Provisório, baixou o Decreto 19.771, de 18 de fevereiro de 1931, aposentando seis Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁷.

A Constituição de 1934, resultado de um processo constituinte, estabeleceu os fundamentos de uma nova ordem democrática, concebendo novamente o Supremo Tribunal Federal, então chamado *Corte Suprema*, que deveria ser composto por onze membros. As competências básicas já definidas na Constituição de 1891 foram mantidas.

A par de manter, no art. 76, III, b e c, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade, proferida por qualquer tribunal, somente poderia ser realizada pela maioria de seus membros. Evitava-se, assim, a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179)²⁸.

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para «suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário». Cuidava-se, portanto, de uma fórmula peculiar de conferir efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96)²⁹.

²⁷ Foram aposentados Antônio Carvalho Pires e Albuquerque, Edmundo Muniz Barreto, Geminiano da Franca, Godofredo Cunha, Pedro Afonso Afonso Mibielli e Pedro dos Santos.

²⁸ Mangabeira, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Nacional, 1934, p. 115-7; Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições rígidas*, cit. p. 159-65.

²⁹ Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*, cit. p. 170; CASTRO, Araújo. *A nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 246-7.

É provável que a mais significativa alteração nesse campo consistiu na formulação inicial da denominada *representação interventiva*, nos casos de afronta aos princípios consagrados no art. 7.º, I, *a a h*, da Constituição. Cabe-ria ao Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador-Geral da Repú-blica, apreciar a constitucionalidade de lei decretadora de *intervenção federal*. Assim, a intervenção da União sobre Estados-membros, no sistema federativo vigente, somente poderia ser executada se o Supremo Tribunal considerasse constitucional a lei de intervenção (CF 1934, art. 12, § 2.º).

Embora não tenha tido relevância prática, aludido instituto configurou o predecessor da *representação interventiva* prevista posteriormente na Consti-tuição de 1946 e nas que lhe seguiram, e do próprio instituto da *representação de inconstitucionalidade* introduzido pela Emenda Constitucional n. 16/65, que consagrou o *controle abstrato* do direito federal e estadual no Brasil.

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a consti-tucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual³⁰. Advirta-se, porém, que não se tratava de formu-lação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico³¹.

Não obstante a breve vigência do Texto Magno (1934-1937), não se pode olvidar o especial significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no direito brasileiro³².

³⁰ Calmon, Pedro. *Intervenção federal: o art. 12 da Constituição de 1934*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 109.

³¹ Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1938, v. 1, p. 364.

³² Polletti, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 93. Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi



A Constituição de 1934, dessa forma, introduziu significativas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1934 também consagrou o *mandado de segurança* para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* (CF 1934, art. 113, n. 33).

Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma *Corte Constitucional*, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente à conferência de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*)³³.

II.4 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

84

A Carta de 1937, conhecida como «Constituição Polaca», por ter sido desenvolvida com base na Constituição polonesa do regime do General Pilsudski, traduziu uma ruptura com a história constitucional do Brasil. Do seu preâmbulo constava, *v.g.*, que ela haveria de conter meios extraordinários para combater, de forma efetiva, o Comunismo.

apresentada proposta de instituição de um Tribunal especial, dotado de competência para apreciar questões constitucionais suscitadas no curso dos processos ordinários, bem como para julgar pedido de arguição de inconstitucionalidade formulado por «qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto (...)». O projeto de autoria do Deputado Nilo Alvarenga criava uma Corte Constitucional, inspirada na proposta de Kelsen, e confiava a sua provocação a qualquer sujeito de direito (cf. Alencar, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa* n. 57, 1978, 15(57):237-45).

³³ Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20.12.1933, *Annaes da Assembléia Nacional Constituinte*. Rio de Janeiro, 1935, v. 3, p. 33-5.



Embora as competências do Supremo Tribunal Federal não tivessem sofrido modificações substanciais no novo modelo constitucional, é certo que o parâmetro de controle dentro do qual deveria atuar o Tribunal era a Constituição de 1937, de índole autoritária, senão totalitária³⁴. O Presidente da República reivindicou a atribuição para nomear o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, o que acabou por ocorrer regularmente até 1945 (Decreto-Lei n. 2.770, de 11.11.1940). Referido Decreto-Lei foi revogado pelo Decreto-Lei n. 8.561, de 4.1.1946, firmado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, no exercício da Presidência da República, José Linhares.

A Carta de 1937 traduziu um inequívoco retrocesso também no que concerne no sistema de controle de constitucionalidade.

Embora não tenha introduzido qualquer modificação direta no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b e c*), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal. Instituiu-se, assim, uma peculiar modalidade de *revisão constitucional*, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passou a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição³⁵. Como não se instalou o Parlamento sob a

³⁴ Cfr. Costa, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001, p. 91 s.

³⁵ Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 63; Cfr. Campos, Francisco Luiz da Silva. *Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro*. RF 73, p. 246-9.



Constituição de 1937, *tais poderes foram exercidos pelo Presidente da República* (art.180)³⁶.

Em 1939, o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal³⁷.

No período referido (1937-1945), multiplicaram os pedidos de *habeas corpus* e de outras medidas judiciais com o objetivo de contestar os atos do Governo. Eram muitos os poderes discricionários, como o de decretar a aposentadoria de funcionários civis e militares (CF art. 177) e o de impedir a concessão de medida judicial contra atos adotados durante o Estado de Emergência (CF art. 170).

O regime autocrático fundado na Constituição de 1937 teve seu termo com a eleição de uma Constituinte (Lei Constitucional n. 13, de 12.11.1945). A nova Constituição democrática entrou em vigor em 18 de setembro de 1946.

II.5 A Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade

A Constituição de 1946 fixou em onze o número de membros do Supremo Tribunal Federal, designados pelo Presidente da República após a apro-

³⁶ Campos, Francisco, *Diretrizes Constitucionais do novo Estado brasileiro*, RF n.º 73, p. 229 (248).

³⁷ Bittencourt, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 139-40; Cf. STF-Apelação Cível n.5.914, Relator Bento de Faria, j. 4.1.1929. In: Costa, Edgard. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, v. 2, 1964, p. 9-32.



vação do nome pelo Senado Federal. Assegurou-se a possibilidade de elevar esse número mediante proposta do próprio Tribunal (art. 98).

Asseguravam-se, também, as competências básicas para apreciar o recurso extraordinário no caso de violação à Constituição ou ao direito federal, o *habeas corpus* e o mandado de segurança, dentre outras.

O Texto de 1946 restaura a tradição do controle judicial no direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a*, *b* e *c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: «a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato». Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender* a *execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

No âmbito da jurisdição constitucional, assumiu relevo a *representação interventiva* proposta pelo Procurador-Geral da República em face de lei ou ato normativo estadual eventualmente infringente dos *princípios sensíveis* (art. 8.º, parágrafo único, *c/c* o art. 7.º, VII). A *intervenção federal* subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8.º, parágrafo único). A arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946.

O ciclo normativo da Constituição de 1946 encerrou-se, praticamente, com a edição do Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, que institucionalizou o Movimento Militar. Imediatamente após a tomada do poder pelos



militares, deu-se início à resistência jurídica dos atingidos pelas medidas do novo regime.

O Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, introduziu uma profunda reforma na ordem constitucional então vigente, com a previsão da eleição indireta para Presidente e a abolição dos partidos políticos existentes. O número de Ministros do Supremo Tribunal Federal foi elevado de onze para dezesseis (art. 6.º) tendo sido suspensas as garantias da Magistratura (art. 14).

Em seguida, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, que, no art. 1, *k*, consagrava o *controle direto de constitucionalidade* de lei ou ato estadual em face da Constituição, por meio da *representação de inconstitucionalidade*. Anote-se que a proposta de introdução do controle direto do direito estadual e federal em face da Constituição como um todo parece constituir *uma evolução natural da experiência adquirida com a representação interventiva*. Adotada, porém, no contexto autoritário do anos 64/65, assumiu, aparentemente, um caráter de medida centralizadora e anti-federativa.

A implantação do *sistema de controle direto e abstrato de constitucionalidade*, perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo precípua de «preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvinentes»³⁸, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o *sistema jurídico objetivo*.

Finalmente, não se deve olvidar que, no tocante ao controle de constitucionalidade da lei municipal, a Emenda Constitucional n.º 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para «estabelecer

³⁸ Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, cit. p. 413.



processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado».

II.6 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/69

A Constituição de 1967 revelou-se uma tentativa de «institucionalização» do Movimento Militar de 1964.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A representação de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n.º 16, de 1965. Preservou-se, assim, também o controle de constitucionalidade *in abstracto*. A representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1.ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º).

A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e). Segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei³⁹.

³⁹ Mensagem n. 81, de 1976, *Diário do Congresso Nacional*. O Texto Magno de 1988 não manteve esse instituto no ordenamento constitucional brasileiro.



Finalmente, deve-se assentar que a Emenda n. 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF de 1967/1969, art. 119, I, p)⁴⁰.

II.7 O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 foi promulgada após intensa discussão em uma Assembleia constituinte reunida entre 1.º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988. O documento constitucional conta com 250 artigos na parte permanente e 94 artigos nas disposições transitórias. Cuida-se de um texto extremamente detalhado, que, por isso, tem dado ensejo a sucessivas emendas constitucionais. Além das 6 emendas aprovadas no processo especial de revisão realizado nos anos de 1993 e 1994, a Constituição recebeu, até o ano de 2007, 55 emendas.

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se assegurar a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário. Assegurou-se também a autonomia funcional dos magistrados⁴¹.

O princípio da proteção judicial efetiva passou a configurar a pedra angular do sistema de proteção de direitos.

⁴⁰ A Constituição de 1988 manteve a competência do Supremo Tribunal para conceder liminar na *ação de inconstitucionalidade* (art. 102, I, p).

⁴¹ Conferir, a propósito dos dilemas do Poder Judiciário, Arantes, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a Justiça e a Política*. In: AVELAR, Lúcia; Cintra, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung. São Paulo: Fundação Unesp Editora, 2004.



Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de injunção, do *habeas data* e do mandado de segurança coletivo. A ação civil pública ganhou dimensão constitucional. A ação popular teve seu âmbito de proteção alargado.

Não dispõe a ordem jurídica brasileira de instrumento único para defesa de direitos subjetivos públicos⁴². A Constituição consagra um conjunto de ações constitucionais voltadas para a proteção de direitos fundamentais. O *habeas corpus* é o instrumento processual destinado a proteger o indivíduo contra atos arbitrários do Poder Público que impliquem restrições ao direito de ir e vir (CF, art. 5.º, LXVIII). Ao lado do *habeas corpus*, dispõe a ordem jurídica brasileira, desde 1934, do *mandado de segurança*, destinado, hodiernamente, a garantir direito líquido e certo não protegido por *habeas data* ou *habeas corpus* (CF, art. 5.º, LXIX, a)⁴³. O mandado de segurança pode ser, igualmente, utilizado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros (*mandado de segurança coletivo*).

A Constituição de 1988 criou, ao lado do *habeas data*, que se destina à garantia do *direito de autodeterminação sobre informações*⁴⁴ (art. 5.º, LXXII), o

⁴² Única exceção pode ser verificada no México, onde o «recurso de amparo» permitiu, sob a aparência de unidade, o desenvolvimento de diferentes institutos [cf., a propósito, Fix-Zamudio, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle. *JöR* n. 25, 1976, p. 649 (663)].

⁴³ Cfr., a propósito, Fix-Zamudio, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle, *JöR* n. 25, 1976, p. 652 (672), e Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika. In: Horn, Hans-Rudolf & Weber, Albrecht. *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*. Baden-Baden, 1989, p. 129 (159).

⁴⁴ Embora formulado de maneira pouco clara, é certo que o *habeas data* destina-se a proteger aspecto autônomo do direito de personalidade, o chamado direito de autodetermi-



mandado de injunção, remédio especial que pode ser utilizado contra a omissão de órgão com poder normativo que impeça o exercício de direito constitucionalmente assegurado (CF, art. 5.º, LXXI).

Particular atenção dedicou o constituinte à chamada «omissão do legislador».

Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5.º, LXXI, c/c art. 102, I, q, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, introduziu a Constituição, no art. 103, § 2.º, o processo de *controle abstrato da omissão*. Tal como o controle abstrato de normas, pode o controle abstrato da omissão ser instaurado pelo Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa de uma Assembléia Legislativa, Governador do Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional⁴⁵.

A Constituição de 1988 preservou o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário, composto por 11 juízes (Ministros),

nação sobre informações –*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*–, que assegura a cada indivíduo o poder de decidir quando e em que medida informações de índole pessoal podem ser fornecidas ou utilizadas por terceiros (cf., sobre o assunto, no direito alemão, Pieroth, Bodo & Schlink, Bernhard. *Grundrechte-Staatsrecht II*. 11. ed. Heidelberg, 1995, p. 97).

⁴⁵ Essa disposição foi desenvolvida segundo modelo do art. 283 da Constituição portuguesa:

«A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

.....
(2) Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente».



escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. A nomeação dar-se-á pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101).

Embora o novo texto constitucional tenha retirado do âmbito das competências do Supremo Tribunal Federal a apreciação de recursos nos quais se alegava a lesão ao direito federal ordinário, afigura-se inequívoco que a competência geral do Tribunal restou significativamente ampliada.

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade⁴⁶, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como adquirisse novas e significativas atribuições. A nova Constituição ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional.

Em linhas gerais, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- b) a representação para fins de intervenção nos Estados, nos casos de afronta aos princípios especificados no art. 34, VII, que consubstanciam os chamados princípios sensíveis e a representação para assegurar execução de lei federal –CF, art. 34, VI e 36, III;

⁴⁶ Corrêa, Oscar Dias. O 160.º aniversário do STF e o novo texto constitucional. In: *Arquivos do Ministério da Justiça* n. 173, 1988, p. 67 (70).



c) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

e) o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal e o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

f) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

g) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

h) a extradição solicitada por Estado estrangeiro (cf. nesta obra infra *Da não extradição de brasileiro e da não extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*);

i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

k) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.

l) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

Ao Supremo Tribunal Federal o texto constitucional vigente também outorgou competência para apreciar recursos ordinários e extraordinários. O recurso ordinário é cabível:

a) em *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatórias as decisões;

b) nos crimes políticos julgados pela justiça federal de primeiro grau.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo da Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face da lei federal. Essa última previsão –alínea d– decorre da EC 45/04.

Relevante afigura-se a competência reconhecida ao Supremo Tribunal para processar e julgar o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas do Congresso Nacional, do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Importantes questões têm sido discutidas nesse âmbito.

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os *habeas corpus* impetrados contra atos de tribu-



nal superior ou contra autoridades e funcionários cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do STF, e especialmente o recurso ordinário em *habeas corpus* –que pode ser transformado em *habeas corpus* originário– contra decisões do STJ.

De inegável peso político e grande significado jurídico é a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar a *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), a *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC), a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF), a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (ADIO) e o *mandado de injunção* (MI). Tais processos –juntamente com o recurso extraordinário– formam hoje o *núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como das omissões inconstitucionais*.

A Constituição preservou a *representação interventiva*, destinada à aferição da compatibilidade de direito estadual com os chamados *princípios sensíveis*⁴⁷ (CF, art. 34, VII, c/c art. 36, III). Esse processo constitui pressuposto da intervenção federal, que, nos termos do art. 36, III e § 1.º, da Constituição, há de ser executada pelo Presidente da República. Tradicionalmente, é o Supremo Tribunal Federal competente para conhecer as causas e conflitos entre a União e os Estados, entre a União e o Distrito Federal ou entre os Estados entre si (art. 102, I, f).

Os tópicos seguintes analisarão as ações típicas dos modelos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade no Brasil.

⁴⁷ A Constituição de 1988 introduziu modificações nos chamados «princípios sensíveis». Ao invés da longa enumeração constante da Constituição de 1967/69, limitou-se o constituinte a enunciar expressamente os seguintes princípios: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, a a d).



III.

CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público.

No Brasil, não obstante, os diversos tipos de ações ou *writs* constitucionais destinados à proteção de direitos são o campo mais propício para o exercício da fiscalização da constitucionalidade das leis. Como explicado acima, ao contrário de outros modelos do direito comparado, o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso a função primordial de proteção de direitos fundamentais, estando a cargo desse mister, principalmente, as ações constitucionais do *mandado de segurança*, uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, a *ação civil pública* e a ação popular. Algumas delas, por sua maior importância no sistema de proteção de direitos, serão analisadas neste tópico.

97

III.1 *Habeas corpus*

O *habeas corpus* configura proteção especial tradicionalmente oferecida no sistema constitucional brasileiro. Não constava, porém, da Constituição de 1824, tendo sido contemplado, inicialmente, no Código de Processo Criminal, de 1832, e posteriormente ampliado com a Lei n. 2.033, de 1871.

A Constituição de 1891 estabeleceu, no art. 72, § 22: «dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou



abuso de poder». A formulação ampla do texto constitucional deu ensejo a uma interpretação extensiva que permitia o uso do *habeas corpus* para anular até mesmo ato administrativo que determinara o cancelamento de matrícula de aluno em escola pública, para garantir a realização de comícios eleitorais, o exercício de profissão, dentre outras possibilidades⁴⁸. Esse desenvolvimento inicial foi cognominado de «doutrina brasileira do *habeas corpus*».

Em 1926, o *habeas corpus* teve seu âmbito de proteção reduzido, ficando vedada a sua aplicação para proteção de outros direitos que não a liberdade de ir e vir («Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofre violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção»).

Todas as demais Constituições brasileiras, sem qualquer exceção, incorporaram a garantia do *habeas corpus* (Constituição de 1934, art. 113, n. 23; Constituição de 1937, art. 122, n. 16; Constituição de 1946, art. 141, § 23; Constituição de 1967/69, art. 150, § 20). Durante todo esse tempo, essa garantia somente foi suspensa pelo Ato Institucional n. 5, de 1968, no que concerne aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.

No sistema atual da Constituição de 1988, o *habeas corpus* destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir e vir. A jurisprudência prevalecente no STF é dominante no sentido de que não terá seguimento *habeas corpus* que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. Não obstante, se a coação à liberdade individual comumente advém de atos emanados do Poder Público, não se pode descartar a possibilidade da impetração de *habeas corpus* contra atos de particular.

⁴⁸ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 347.

A liberdade de locomoção há de ser entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir. Daí serem comuns as impetrações de *habeas corpus* contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento, contra o indiciamento de determinada pessoa no inquérito policial, contra o recebimento de denúncia, contra sentença de pronúncia no âmbito do processo do Júri, contra a sentença condenatória. Nesse contexto, questão delicada refere-se, às vezes, ao problema da adequação do *habeas corpus* para superar restrições que não afetam diretamente a liberdade de locomoção. Considera-se não admissível o *habeas corpus* quando impetrado para superar situações de ilegalidade contra direitos que têm na liberdade de locomoção condição de seu exercício, como o de ir ou de permanecer em determinado local, eventualmente em um templo religioso, ou outro local.

Em linhas gerais, a jurisprudência atual do Tribunal estabelece consideráveis ressalvas ao cabimento do *habeas corpus* para essas situações que fogem à sistemática de constrangimento ilegal ou abuso de poder que violem de modo mais direto a liberdade de locomoção dos cidadãos (art. 5.º, inciso XV, da CF/88). Tal premissa, contudo, não inviabiliza por completo um processo de ampliação gradual que essa garantia judicial do processo possa vir a desempenhar em nosso sistema constitucional, não somente em momentos de crise institucional, mas, sobretudo, para conferir maior força normativa ao texto constitucional.

Como especialização do direito de proteção judicial efetiva, o *habeas corpus* é também dotado de *âmbito de proteção estritamente normativo* e reclama, por isso, expressa conformação legal, que, obviamente, não afete o seu significado como instituto especial de defesa da liberdade de ir e vir. O Código de Processo Penal estabelece nos arts. 647 a 667 as regras procedimentais básicas do instituto.



Tema relevante diz respeito também ao cabimento de liminar em sede de *habeas corpus*. Embora não houvesse, inicialmente, previsão de cautelar em *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no *Habeas Corpus* n. 41.296/DF, da relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, impetrado em favor do Governador de Goiás, Mauro Borges, que, «(...) se no mandado de segurança pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no *habeas corpus* preventivo, não pudesse ser concedida (...)»⁴⁹. Desde então, não mais se questiona o cabimento de liminar em sede de *habeas corpus*, tendo o provimento cautelar sido incorporado à própria conformação do instituto.

Essa é a conformação básica do *habeas corpus* no direito brasileiro. Questão que suscita sérios problemas no âmbito das relações entre Jurisdição Constitucional e Jurisdição ordinária diz respeito à utilização do *habeas corpus* para impugnar decisões de outros juízes e tribunais inferiores, o que será analisado em tópico específico posterior.

III.2 Mandado de segurança

O mandado de segurança é o instrumento processual de proteção de direitos de criação genuinamente brasileira.

A crise que produziu a revisão da «doutrina brasileira do *habeas corpus*», com a reforma constitucional de 1926, tornou evidente a necessidade de adoção de um instrumento processual-constitucional adequado para proteção judicial contra lesões a direitos subjetivos públicos não protegidos pelo *habeas corpus*. Assim, a Constituição de 1934 consagrou, ao lado do *habeas corpus*, e com o mesmo processo deste, o mandado de segurança para a proteção de

⁴⁹ HC 41.296/DF, Rel. Gonçalves de Oliveira, RTJ, 33(3)/590.

Contemplado por todos os textos constitucionais posteriores⁵⁰, com exceção da Carta de 1937, o mandado de segurança é assegurado pela atual Constituição em seu art. 5.º, LXIX, que dispõe: «conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público». O texto constitucional também prevê o mandado de segurança coletivo, que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados (art. 5.º, LXX, *a e b*).

101

O mandado de segurança pode ser impetrado por pessoas naturais ou jurídicas, privadas ou públicas, em defesa de direitos individuais. Nesse caso, a jurisprudência é bastante estrita, recusando a possibilidade de impetração do mandado de segurança para defesa de interesses outros não caracterizáveis como direito subjetivo⁵¹.

⁵¹ MS 20.936/DF, Rel. para o acórdão Sepúlveda Pertence, *DJ* de 11-9-1992; MS-AgRg-QO 21.291, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 27-10-1995; RMS 22.530/DF, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 8-11-1996.

Reconhece-se também o direito de impetração de mandado de segurança a diferentes órgãos públicos despersonalizados que tenham prerrogativas ou direitos próprios a defender, tais como as Chefias dos Executivos e de Ministério Público; as Presidências das Mesas dos Legislativos; as Presidências dos Tribunais; os Fundos Financeiros; as Presidências de Comissões Autônomas; as Superintendências de Serviços e demais órgãos da Administração centralizada ou descentralizada contra atos de outros órgãos públicos (*vide, supra*, n. 2.6.2.3)⁵².

Nesses casos, o mandado de segurança destina-se também a resolver conflitos de atribuições entre órgãos públicos, colmatando lacuna relativa à ausência de efetivo instrumento para solução desse tipo de conflito.

Tem-se considerado possível também a impetração do mandado de segurança pelo Ministério Público, que atuará, nesse caso, como substituto processual na defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos⁵³.

Também os estrangeiros residentes no País, pessoas físicas ou jurídicas, na qualidade de titulares de direitos, como disposto no art. 5.º, *caput*, da Constituição, poderão manejar o mandado de segurança para assegurar direito líquido e certo ameaçado ou lesionado por ato de autoridade pública.

Como especialização do direito de proteção judicial efetiva, o mandado de segurança destina-se a proteger direito individual ou coletivo líquido e certo contra ato ou omissão de autoridade pública não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (CF, art. 5.º, LXIX e LXX). Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo

⁵² Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., p. 23; STF, RDA, 45/319, RTJ 69/475; TJRS, RDA, 15/46, 56/269; TJPR, RT, 301/590, 321/529; TJRJ, RT, 478/181; TASP, RDA, 54/166, 72/267, 73/287, RT, 337/373, 339/370; TJSP, RDA, 98/202, 108/308, RT, 371/120.

⁵³ Cássio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, cit., p. 32.

e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração⁵⁴.

Embora destinado à defesa de direitos contra atos de autoridade, a doutrina e a jurisprudência consideram legítima a utilização do mandado de segurança contra ato praticado por particular no exercício de atividade pública delegada (cf. também a Lei n. 1.533/ 51, art. 1.º, § 1.º)⁵⁵.

Suscita-se questão sobre o cabimento do mandado contra ato normativo. O Supremo Tribunal Federal tem orientação pacífica no sentido do não-cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese (Súmula 266), uma vez que ineptos para provocar lesão a direito líquido e certo. A concretização de ato administrativo com base na lei poderá viabilizar a impugnação, com pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma questionada.

Admite-se, porém, mandado de segurança contra lei ou decreto de efeitos concretos, assim entendidos aqueles que «trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais, os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie»⁵⁶.

⁵⁴ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36-37. Apesar da intensa discussão que se levantou em torno desse conceito, atualmente doutrina e jurisprudência já possuem posicionamento pacificado segundo o qual o direito líquido e certo deve ser entendido como o direito cuja existência pode ser demonstrada de forma documental. Cf.: Cássio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, cit.

⁵⁵ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., p. 53-54.

⁵⁶ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., p. 41.



A Constituição de 1988 admite expressamente o uso de mandado de segurança por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos direitos de seus membros ou associados (mandado de segurança coletivo) (art. 5.º, LXX, *a e b*). A ação constitucional de mandado de segurança, portanto, está destinada tanto à proteção de direitos individuais como à tutela coletiva de direitos individuais e coletivos.

Segundo a orientação dominante, o mandado de segurança coletivo há de ser impetrado na defesa de interesse de uma categoria, classe ou grupo, independentemente da autorização dos associados. Não se trata, dessa forma, de nova modalidade de ação constitucional, ao lado do mandado de segurança tradicional, mas de forma diversa de legitimação processual *ad causam*. Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, «os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do *writ* mandamental coletivo»⁵⁷ que, do mesmo modo, apenas será cabível na hipótese de direito líquido e certo violado por ato ilegal ou abuso de poder emanados de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Assim, também entende o Tribunal que «simples interesses, que não configuram direitos, não legitimam a válida utilização do mandado de segurança coletivo»⁵⁸. Por outro lado é preciso reconhecer que o regime de substituição processual conferido ao mandado de segurança para a tutela coletiva de direito líquido e certo deu novas dimensões ao *writ*, transformando-o em verdadeira ação

⁵⁷ MS 21.615/RJ, Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 13-3-1998.

⁵⁸ MS 20.936/DF, Rel. para o acórdão Sepúlveda Pertence, *DJ* de 11-9-1992; MS-AgRg-QO 21.291, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 27-10-1995; RMS 22.530/DF, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 8-11-1996.

coletiva. Por isso, ao mandado de segurança coletivo são aplicadas também as normas relativas às ações coletivas⁵⁹.

Quanto à legitimação dos partidos políticos, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o mandado de segurança coletivo poderá ser utilizado apenas para a defesa de direitos de seus filiados, observada a correlação com as finalidades institucionais e objetivos programáticos da agremiação⁶⁰.

Da mesma forma ocorre em relação às organizações sindicais, entidades de classe e associações, que só poderão pleitear em juízo direito líquido e certo de seus próprios associados. Segundo a orientação perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, «objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe»⁶¹.

Portanto, para a configuração da legitimidade ativa *ad causam* das entidades de classe, basta que o interesse seja apenas de parcela da categoria, verificada a relação de pertinência temática entre o objeto da impetração e o vínculo associativo⁶². Tal orientação está hoje expressa na Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal, que diz: «a entidade de classe tem legitimação

⁵⁹ Cfr. Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 205 e s.

⁶⁰ RE 196.184/AM, Rel. Ellen Gracie, DJ de 18-2-2005. Em sentido contrário, *vide*: Cássio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, cit., p. 33; Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*, cit., p. 209.

⁶¹ MS 22.132/RJ, Rel. Carlos Velloso, julgado em 21-8-1996, DJ de 18-11-1996, p. 39848; RE 193.382/SP, Rel. Carlos Velloso, DJ de 28-6-1996.

⁶² RE 175.401/SP, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 20-9-1996; RE 157.234/DF, Rel. Marco Aurélio, DJ de 22-9-1995.



para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria»⁶³.

Em relação ao objeto do mandado de segurança coletivo, pode-se afirmar que tal instrumento processual, na qualidade de ação coletiva, não visa apenas à tutela de direitos individuais, mas também de direitos coletivos, assim como dos denominados direitos individuais de caráter comum ou homogêneos⁶⁴.

Um desenvolvimento singular na ordem jurídica brasileira diz respeito à utilização do mandado de segurança por parte de órgãos públicos. Diversos conflitos entre órgãos públicos têm sido judicializados mediante impetração de mandado de segurança. Eventuais desinteligências entre Tribunal de Contas e órgãos do Executivo ou entre Prefeito e Câmara de Vereadores têm dado ensejo a mandados de segurança, que, nesses casos, assumem um caráter de mecanismo de solução de conflito de atribuições.

Destarte, embora concebido, inicialmente, como ação civil destinada à tutela dos indivíduos contra o Estado, ou seja, para prevenir ou reparar lesão a direito no seio de uma típica relação entre cidadão e Estado, não se pode descartar a hipótese de violações a direitos no âmbito de uma relação entre diversos segmentos do próprio Poder Público. A doutrina constitucional⁶⁵ tem considerado a possibilidade de que as pessoas jurídicas de direito público venham a ser titulares de direitos fundamentais, por exemplo, nos casos em que a Fazenda Pública atua em juízo. Nessas hipóteses, em que a pessoa jurídica

⁶³ Em sentido contrário: Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., p. 38.

⁶⁴ Cfr. Teori Albino Zavascki, *Processo coletivo*, cit., p. 207 e s.; Cássio Scarpinella Bueno, *Mandado de segurança*, cit., p. 34.

⁶⁵ Cfr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais, in Inocência Mártires Coelho, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 165.



ca seja titular de direitos, o mandado de segurança cumpre papel fundamental na falta de outros mecanismos processuais aptos a sanar, com a agilidade necessária, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo provida de autoridade pública ou de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público.

Ressalte-se, todavia, que, na maioria dos casos, o mandado de segurança será utilizado não como mecanismo de proteção de direitos fundamentais, mas de prerrogativas e atribuições institucionais e funcionais da pessoa jurídica de direito público, assumindo feição de instrumento processual apto a solucionar conflitos entre órgãos públicos, poderes ou entre entes federativos diversos.

Controvérsia interessante refere-se à possibilidade de impetração de mandado de segurança por parlamentar contra tramitação de proposta de emenda constitucional. Ainda sob a Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257⁶⁶, entendeu admissível a impetração de mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando-se que quando «a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição⁶⁷».

Atualmente, a jurisprudência do Tribunal está pacificada no sentido de que «o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo

⁶⁶ MS 20.257, Rel. Moreira Alves, RTJ, 99(3)/1040.

⁶⁷ MS 20.257, Rel. Moreira Alves, RTJ, 99(3)/1040.



legislativo constitucional»⁶⁸. Também aqui se afigura evidente que se cuida de uma utilização especial do mandado de segurança, não exatamente para assegurar direito líquido e certo de parlamentar, mas para resolver peculiar conflito de atribuições ou «conflito entre órgãos».

Essas são as conformações básicas do mandado de segurança no direito brasileiro.

III.3 *Habeas data*

Na linha da especialização dos instrumentos de defesa de direitos individuais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concebeu o *habeas data* como instituto destinado a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para permitir a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo de modo sigiloso (art. 5.º, LXXII).

Concebido como instrumento de acesso aos dados constantes dos arquivos do Governo Militar, o *habeas data* acabou por se constituir em instrumento de utilidade relativa no sistema geral da Constituição de 1988. Talvez isso se deva, fundamentalmente, à falta de definição de um âmbito específico de utilização não marcado por contingências políticas.

É certo, porém, que uma reflexão livre sobre o tema há de indicar que o objeto protegido pelo *habeas data* só em parte traduz a preocupação hoje manifestada pela idéia de autodeterminação sobre dados pessoais desenvolvida em várias ordens constitucionais.

⁶⁸ MS 24.642, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 18-6-2004; MS 20.452/DF, Rel. Aldir Passarinho, *RTJ*, 116 (1)/47; MS 21.642/DF, Rel. Celso de Mello, *RDA*, 191/200; MS 24.645/DF, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 15-9-2003; MS 24.593/DF, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 8-8-2003; MS 24.576/DF, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 12-9-2003; MS 24.356/DF, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 12-9-2003.



Tal como decorre da própria formulação constitucional, o *habeas data* destina-se a assegurar o conhecimento de informações pessoais constantes de registo de bancos de dados governamentais ou de carácter público ou a ensejar a retificação de dados errôneos deles constantes.

O texto constitucional não deixa dúvida de que o *habeas data* protege a pessoa não só em relação aos bancos de dados das entidades governamentais, como também em relação aos bancos de dados de carácter público geridos por pessoas privadas. Nos termos do art. 1.º da Lei n. 9.507/97, são definidos como de carácter público «todo registo ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam do uso privativo do órgão ou entidade produtoras ou depositárias das informações». Tal compreensão abrange os serviços de proteção de crédito ou de listagens da mala direta⁶⁹.

Como instrumento de proteção do direito de personalidade, afigura-se relevante destacar que os dados que devem ser conhecidos ou retificados se refiram à pessoa do impetrante e não tenham carácter genérico.

É interessante notar que, diferentemente do que se poderia esperar, o *habeas data*, na forma expressa na Constituição, ficou limitado, em princípio, ao conhecimento e à retificação de dados existentes em bancos de dados governamentais ou de carácter público.

Tal abordagem mostra um défice de concepção no aludido instrumento processual, ao revelar que talvez o objeto de proteção tenha acabado por ficar por demais restrito (conhecimento ou retificação de dados).

Em verdade, a questão central que o instituto pretendeu arrostar assenta-se, muito provavelmente, no plano do direito material, isto é, em saber em

⁶⁹ Cfr. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., p. 295.



que condições e limites dados pessoais, enquanto materializações do direito de personalidade, podem ser arquivados.

Por definição, o *habeas data* contempla uma fase extrajudicial, destinada a obter as informações junto ao órgão ou entidade responsável pelo banco de dados.

Questão controvertida diz respeito ao conhecimento de informações sigilosas.

Nos termos do art. 5.º, XXXIII, o acesso a informações de órgãos públicos não abrange aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Evidentemente, tal ressalva não pode ser banalizada, sob pena de se tornar inócua a garantia de que se cuida. Ademais, dados de caráter pessoal não podem, em princípio, estar cobertos pelo sigilo em relação ao próprio sujeito⁷⁰.

III.4 Mandado de injunção

A Constituição de 1988 atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*. O art. 5.º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionali-

⁷⁰ Cfr. Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 178; José Eduardo Carreira Alvim, *Habeas data*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16-17; em sentido contrário, cf. Saulo Ramos, *Pareceres da Consultoria-Geral da República*, v. 99, p. 257-258.



dade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento destinado, fundamentalmente, à defesa *de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante*, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2.º, um sistema de *controle abstrato da omissão*, que será analisado em tópico posterior específico.

Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro do prazo de trinta dias.

A adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão tem dado ensejo a intensas controvérsias na doutrina. O conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas nesses processos vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência.

Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, sua utilização fica condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras⁷¹. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão⁷². Uma variante dessa corrente acentua que a decisão judicial há de con-

⁷¹ Manoel Antonio Teixeira Filho, Mandado de injunção e direitos sociais, LTr, n. 53, 1989, p. 323; Barroso chega a afirmar que «No contexto atual do constitucionalismo brasileiro, o mandado de injunção tornou-se uma desnecessidade, havendo alternativa teórica e prática de muito maior eficiência» (Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112).

⁷² José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 450-452; Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, cit., p. 123-124.



ter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes⁷³.

Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa⁷⁴. Para superar as dificuldades que decorrem dessa concepção, procura-se restringi-la, afirmando-se que se o direito subjetivo depender da organização de determinada atividade ou de determinado serviço público ou, ainda, da disposição de recursos públicos, então deverá ser reconhecida a inadmissibilidade do mandado de injunção⁷⁵. Assim, não poderia o mandado de injunção ser proposto com vistas a garantir, v. g., o pagamento do seguro-desemprego⁷⁶.

Uma corrente diversa entende que o mandado de injunção destina-se, tão-somente, a aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado⁷⁷. A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível⁷⁸. Segundo esse entendimento, as decisões que o Supremo Tribunal Federal profere na ação de man-

⁷³ J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*, Constituição e processo, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 123.

⁷⁴ J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*, *Constituição e processo*, cit., p. 123.

⁷⁵ J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*, *Constituição e processo*, cit., p. 112-113.

⁷⁶ J. J. Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*, *Constituição e processo*, cit., p. 112-113.

⁷⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 321-322.

⁷⁸ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 385-386.



dado de injunção e no processo de controle abstrato da omissão têm caráter *obrigatório* ou *mandamental*⁷⁹.

A expectativa criada com a adoção desse instituto no ordenamento constitucional brasileiro levou à propositura de inúmeras ações de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal⁸⁰, o que acabou por obrigá-lo, num curto espaço de tempo, a apreciar não só a questão relativa à imediata aplicação desse instituto, independentemente da promulgação de regras processuais próprias, como também a decidir sobre o significado e a natureza desse instituto na ordem constitucional brasileira.

O mandado de injunção há de ter por objeto o *não-cumprimento de dever constitucional de legislar* que, de alguma forma, afete direitos constitucionalmente assegurados (*falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania*).

Tal como tem sido freqüentemente apontado, essa omissão tanto pode ter caráter *absoluto ou total* como pode materializar-se de forma *parcial*⁸¹.

Na primeira hipótese, que se revela cada vez mais rara, tendo em vista o implemento gradual da ordem constitucional instituída em 1988, tem-se a inércia do legislador que pode impedir totalmente a implementação da norma constitucional.

A omissão parcial envolve, por sua vez, a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta seja em razão do

⁷⁹ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., p. 283.

⁸⁰ Em 1990 e 1991 o STF julgou 203 MIs (dados do BNDPJ). Até 16-8-2006 o STF autuou 738 MIs (dados da Secretaria Judiciária).

⁸¹ MI 542/SP, Rel. Celso de Mello, DJ de 28-6-2002.



atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), seja, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).

Questão interessante que surgiu na doutrina e na jurisprudência do STF diz respeito ao mandado de injunção cujo objeto é a omissão legislativa quanto à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, assegurado pelo art. 37, VII, da Constituição de 1988.

No Mandado de Injunção n. 20 (Rel. Celso de Mello, *DJ* de 22-11-1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía *norma de eficácia limitada*, desprovida de auto-aplicabilidade. Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485 (Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 23-8-2002) e MI 585/TO (Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-8-2002).

Portanto, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconheceu-se unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.

Nesse particular, deve-se observar que, diferentemente das relativizações efetivadas quanto ao decidido no Mandado de Injunção n. 107/DF (*DJ* de 2-8-1991), nos casos em que se apreciaram as possibilidades e condições para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis, a Corte ficou adstrita tão-somente à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma reguladora específica.



No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9.º, *caput*, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9.º, § 1.º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição.

Identifica-se, pois, aqui a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina.

A partir da *experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade*, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das *sentenças aditivas no direito italiano*, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que há omissão constitucional que reclama uma solução diferenciada.

Assim, em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em mudança radical de sua jurisprudência⁸², reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e decidiu no sentido de declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a

⁸² MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Gilmar Mendes e MI 712, Rel. Eros Grau.



edição de norma regulamentadora específica, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário*.

O Tribunal adotou, portanto, uma moderada *sentença de perfil aditivo*⁸³, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.

Foram fixados, ainda, os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliativa, nos âmbitos federal, estadual e municipal. No plano procedimental, vislumbrou-se a possibilidade de aplicação da Lei 7.701/88, que cuida da especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos, para apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores com vínculo estatutário.

Digno de nota afigura-se o fato de a discussão ter revelado uma lacuna na disciplina do direito de greve do servidor público, ao indicar a necessidade de um foro judicial qualificado para dirimir tais dissídios.

III.5 Ação popular e ação civil pública

Além dos processos e sistemas destinados à defesa de posições individuais, a proteção judiciária pode realizar-se também pela utilização de instrumentos de defesa de interesses difusos e coletivos, como a ação popular e a ação civil pública.

⁸³ As sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória.



A Constituição prevê a ação popular com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Considerando-se o caráter marcadamente público dessa ação constitucional, o autor está, em princípio, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (art. 5.º, LXXIII da CF/88).

A ação popular é um instrumento típico da cidadania e somente pode ser proposta pelo cidadão, aqui entendido como aquele que não apresente pendências no que concerne às obrigações cívicas, militares e eleitorais que, por lei, sejam exigíveis.

A ação popular, regulada pela Lei n. 4.717, de 29-6-1965, configura instrumento de defesa de interesse público. Não tem em vista primordialmente a defesa de posições individuais. É evidente, porém, que as decisões tomadas em sede de ação popular podem ter reflexos sobre posições subjetivas.

117

Outro relevante instrumento de defesa do interesse geral é a ação civil pública prevista no art. 129, III, da Constituição e destinada à defesa dos chamados interesses difusos e coletivos relativos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, da ordem econômica e da economia popular, dentre outros.

Tem legitimidade para a propositura dessa ação o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas e sociedades de economia mista, as associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, que incluam entre as suas finalidades institucionais a proteção de interesses difusos ou coletivos (cfr. Lei n. 7.347/85, art. 5.º).

A ação civil tem-se constituído em significativo instituto de defesa de interesses difusos e coletivos e, embora não voltada, por definição, para a



defesa de posições individuais ou singulares, tem-se constituído também em importante instrumento de defesa dos direitos em geral, especialmente os direitos do consumidor.

IV.

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

IV.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

Sob a égide da Constituição de 1988, a grande mudança verificou-se no âmbito do *controle abstrato de normas*, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, «a» c/c art. 103).

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República, no contexto da Constituição de 1967/69, não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da



República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com *ampla legitimação* e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento *de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial –ainda que não desejada– no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no *modelo incidente* ou *difuso*. Este continuou predominante, integrando-se a *representação de inconstitucionalidade* a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas «*difusos*» ou «*incidentes*» de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 *reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso*, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto da *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC), introduzido no sis-



tema brasileiro de controle de constitucionalidade, no bojo de reforma tributária de emergência. A Emenda Constitucional n. 3 firmou a competência do STF para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá *eficácia contra todos (erga omnes)* e *efeito vinculante* relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

A discussão sobre a constitucionalidade dessa emenda, suscitada pela Associação dos Magistrados do Brasil, foi pacificada no julgamento da ADC n. 1⁸⁴.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, corrigiu em parte o modelo de legitimação restritivo concebido pela EC 3/93, estabelecendo que estariam legitimados para ADC os mesmos legitimados para a ADI. Subsiste, porém, a limitação quanto ao objeto, *restrito ao direito federal*, objeto agora de Projeto de emenda constitucional que tramita no Congresso Nacional.

De qualquer sorte, o controle abstrato de normas passa agora a ser exercido tanto pela ADI, de longe a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade de normas⁸⁵, como pela ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

IV.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Tal como assinalado, as mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro após a Constituição de 1988 alteraram radical-

⁸⁴ Cfr. ADC 1/DF, Relator Moreira Alves, Pleno, DJ 16.6.95

⁸⁵ Em 16.8.2006, a autuação do Supremo Tribunal Federal registrava a ADI 3.777.



mente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram *reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso*.

Não obstante, subsistiu um *espaço residual* expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal). Essas questões somente poderiam ser tratadas no âmbito do recuso extraordinário, o que explica a plethora de processos desse tipo ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal.

É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada *guerra de liminares*.

Foi em resposta ao quadro de incompletude de sistema de controle direto que surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado «incidente de inconstitucionalidade», que pretendia assegurar aos entes legitimados do art. 103 a possibilidade de provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre outras controvérsias constitucionais suscitadas nas ações judiciais em curso. Porém, tal instituto não vingou.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) veio prevista no texto constitucional de forma bastante singela: «a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma lei.» (art. 102, § 1.º). A ausência de qualquer antecedente histórico significava dificultava enor-



memente a disciplina infraconstitucional do instituto. Sepúlveda Pertence chegou a chamá-lo de autêntica «esfinge» do direito brasileiro⁸⁶.

A Lei n.º 9.882, de 1999, regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Aqueles que se dispuseram a observar com mais atenção a conformação dada pela referida legislação à ADPF notaram que, afora os problemas decorrentes da limitação dos parâmetros de controle, o instituto, tal qual restou regulamentado, guarda estrita vinculação com as propostas relacionadas ao incidente de inconstitucionalidade.

A estrutura de legitimação, a exigência de configuração de controvérsia judicial ou jurídica para a instauração do processo, a possibilidade de sua utilização em relação ao direito municipal e ao direito pré-constitucional e o efeito vinculante das decisões, tudo reforça a semelhança entre os institutos. É certo, por outro lado, que, diferentemente do incidente de inconstitucionalidade, a argüição de descumprimento tem como parâmetro de controle os preceitos fundamentais identificados ou identificáveis na Constituição. Trata-se de elemento menos preciso do que o parâmetro de controle do incidente de inconstitucionalidade (toda a Constituição).

Assim, até que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie acerca do efetivo alcance da expressão «preceitos fundamentais»⁸⁷, ter-se-á de assistir ao debate entre os cultores de uma interpretação ampla e aberta e os defensores de uma leitura restritiva e fechada do texto constitucional. Assinale-se, outrossim, que, diversamente do incidente, a argüição de descumprimento, tal como formulada na Lei no 9.882, de 1999, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de forma principal, assumindo a feição de um *recurso*

⁸⁶ ADPF-QO 1/RJ, voto do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 7.11.2003.

⁸⁷ Cfr. a discussão sobre o assunto na ADPF n.º 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 16.12.2005, julgada pelo Plenário da Corte em 7.12.2005.



de amparo ou de uma *reclamação constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*) autônoma no direito brasileiro.

Dessa forma, não se pode deixar de registrar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a par das questões suscitadas, ainda em aberto, já trouxe significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da «interpretação autêntica» do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para –de forma definitiva e com eficácia geral– solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal.

Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a arguição de descumprimento de preceito fun-



damental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade.

Diante dessa conjuntura, tenho enfatizado sistematicamente que *a ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal*, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

V.

SINGULARIDADES DE UM SISTEMA DE CONVIVÊNCIA ENTRE OS MODELOS DIFUSO E CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: AS RELAÇÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DEMAIS JUÍZES E TRIBUNAIS

124

V.1 O Supremo Tribunal Federal e a fiscalização da constitucionalidade das decisões proferidas pelos demais juízes e tribunais

V.1.1 *Recurso Extraordinário*

O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância judicial (CF, art. 102, III, *a a d*).

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988, era o recurso extraordinário –também quanto ao critério de quantidade– o mais importante processo



Relaciones entre jurisdicciones

da competência do Supremo Tribunal Federal⁸⁸. Sob a Constituição anterior, o recurso extraordinário destinava-se não só a proteger a ordem constitucional, mas a ordem do direito federal, de modo que a impugnação poderia alegar afronta direta tanto à Constituição como ao direito federal.

Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* norte-americano⁸⁹ e introduzido na ordem constitucional brasileira por meio da Constituição de 1891, nos termos de seu art. 59, § 1.º, *a*, pode ser interposto pela parte vencida⁹⁰, no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (*cfr.*, art. 102, III, *a, b e c*). A EC 45/2004 passou a admitir o recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição (*cfr.*, art. 102, III, *d*).

Impõe-se observar que, sob a Constituição de 1988, agravou-se a crise numérica que, já sob o modelo anterior, incidia sobre o recurso extraordinário. Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto de controle de constitucionalidade passa a ter precedência ou primazia após a Constituição de 1988, é verdade também que é exatamente após 1988 que se acentua o problema quantitativo do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no *sistema difuso*, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários.

⁸⁸ Apenas em 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários (*cf.*, a propósito, CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, cit. p. 38-9).

⁸⁹ O *writ of error* foi substituído no Direito americano pelo *appeal* (*cf.*, a propósito, HALLER, Walter. *Supreme Court und Politik in den USA*. Berna, 1972, p. 105).

⁹⁰ O recurso extraordinário, assim como outros recursos, pode ser proposto também pelo terceiro prejudicado (CPC, art. 499).



A tabela abaixo demonstra a evolução da «crise numérica».

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Movimento processual de 1980 a 2007

Ano	Número de processos recebidos	Ano	Número de processos Recebidos
1980	9.555	1994	24.295
1981	12.494	1995	27.743
1982	13.648	1996	28.134
1983	14.668	1997	36.490
1984	16.386	1998	52.636
1985	18.206	1999	68.369
1986	22.514	2000	105.307
1987	20.430	2001	110.771
1988	21.328	2002	160.453
1989	14.721	2003	87.186*
1990	18.564	2004	83.667
1991	18.438	2005	95.212
1992	27.447	2006	127.535
1993	24.377	2007	91.003**

Fonte: Relatórios Anuais e Secretaria de Informática do Supremo Tribunal Federal

* O decréscimo verificado em 2003 decorre, certamente, das medidas tomadas no âmbito da Administração Federal e do encerramento das questões ligadas ao ciclo inflacionário.

** Processos recebidos até setembro de 2007.

A explicação para a explosão numérica verificada sob a Constituição de 1988 não é única.

É verdade que a massificação das demandas nas relações homogêneas é um fator decisivo para essa crise. As discussões que se encetaram em determinado período sobre planos econômicos, sistema financeiro de habitação, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço–FGTS, índices de reajuste do Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, podem explicar com certa plausibilidade a



multiplicação de demandas, especialmente em um modelo que trata cada controvérsia judicial instaurada como um processo singular. A falta de um mecanismo com caráter minimamente objetivo para solver essas causas de massa permite que uma avalanche de processos sobre um só tema chegue até ao STF pela via do recurso extraordinário.

No âmbito da Reforma do Judiciário implementada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, o art. 102, § 3.º, da Constituição, foi alterado para fazer constar o novo instituto da *repercussão geral*, criado com conhecido objetivo de tentar solucionar o problema da crise numérica do recurso extraordinário.

O referido dispositivo constitucional agora prescreve que «no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros».

A regulamentação desse dispositivo constitucional foi realizada pela recente Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que alterou o art. 543 do Código de Processo Civil, que agora dispõe que «o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer *repercussão geral*».

Trata-se de uma mudança significativa no recurso extraordinário, cuja admissão deverá passar pelo crivo da Corte referente à *repercussão geral* da questão constitucional nele versada.

De acordo com a inovação legal, para efeito de *repercussão geral*, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que *ultrapassem os interesses subjetivos da causa*. Haverá também *repercussão geral* sempre que o recurso impugnar



decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3.º). Não há dúvida, portanto, de que a adoção desse novo instituto deverá *maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário*.

Nesse sentido, a lei também passou a permitir que o Tribunal, na análise da existência de repercussão geral, admita a intervenção de terceiros (*amicus curiae*).

Assim, se o Tribunal negar a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente.

Para evitar a avalanche de processos que chega ao Supremo Tribunal, os Tribunais de origem poderão selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los –somente estes– ao STF, sobrestando os demais. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Por outro lado, declarada a existência da repercussão geral e assim julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais de origem, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (art. 543-B, §§ 2.º e 3.º).

O Supremo Tribunal Federal recentemente aprovou as modificações em seu Regimento Interno para implementar esse novo instituto. Interessante anotar que todo o processo e julgamento quanto à repercussão geral dos recursos extraordinários são *realizados inteiramente por meio eletrônico*, utilizando-se a rede mundial de computadores (Lei n.º 11.419/2006)⁹¹. Assim, segundo o

⁹¹ A informatização do processo e julgamento do recurso extraordinário tornou-se possível com a publicação da Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que regula a utilização de meios eletrônicos na transmissão de processos, de peças e comunicação de atos processuais, mais uma inovação no processo judicial brasileiro. De acordo com esta lei, «os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por



Regimento Interno do Tribunal, o relator do recurso submeterá aos demais Ministros da Corte, por meio eletrônico, sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. Recebida essa manifestação do relator, os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, suas manifestações sobre a questão da repercussão geral.

Referida Emenda Regimental também previu a repercussão geral presumida, que, uma vez caracterizada, dispensa o procedimento de análise eletrônica da repercussão. Será presumida a repercussão geral quando a questão já tiver sido reconhecida ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte⁹².

O procedimento para a análise de eventual existência de repercussão geral ficou assim estabelecido: a sessão eletrônica tem a duração de vinte dias corridos, passados os quais, o próprio sistema fará a contagem dos votos sobre a existência ou não de repercussão geral. Se decorrido o prazo sem manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerar-se-á existente a repercussão⁹³. Lembre-se que há a necessidade da manifestação expressa de pelo menos 8 (oito) Ministros, recusando a repercussão geral, para que seja reputada a sua inexistência⁹⁴.

As decisões pela inexistência da repercussão geral são irrecorríveis, valendo para todos os recursos que versem sobre questão idêntica⁹⁵. Uma vez decidida a repercussão geral, a Presidência do STF deverá promover ampla e espe-

meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas» (art. 8.º).

⁹² RISTF, art. 323, §1.º (redação da Emenda Regimental n.º 21/07).

⁹³ RISTF, art. 324, caput e parágrafo único (redação da Emenda Regimental n.º 21/07).

⁹⁴ CF art. 102, §3.º.

⁹⁵ RISTF, art. 326 (redação da Emenda Regimental n.º 21/07).



cífica divulgação do teor dessas decisões, bem como diligenciar para a formação e atualização de banco de dados eletrônico sobre o assunto⁹⁶.

Outra questão que merece destaque é a possibilidade de a Presidência do Supremo Tribunal Federal ou qualquer Relator de recursos extraordinários, que possam reproduzir-se em múltiplos feitos, comunicar o fato aos Tribunais *a quo* para fins de cumprimento do art. 543-B do CPC⁹⁷. Ademais «quando se verificar a subida ou a distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil»⁹⁸.

O instituto da repercussão geral será conformatado pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Em junho de 2007, em julgamento plenário, restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a fundamentação da repercussão geral somente poderia ser exigida nos recursos extraordinários cujo início do prazo para sua interposição tenha ocorrido após o dia 3 de maio de 2007, data em que foi publicada a Emenda Regimental n.º 21 do STF⁹⁹.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, ainda, que cabe exclusivamente ao Supremo reconhecer a efetiva existência da repercussão

⁹⁶ RISTF, art. 329 (redação da Emenda Regimental n.º 21/07).

⁹⁷ Na redação da Lei n.º 11.418/06.

⁹⁸ RISTF, art. 328, parágrafo único (redação da Emenda Regimental n.º 21/07).

⁹⁹ AI-QO 664.567, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 6.9.207, no qual se questionou a necessidade de se demonstrar, na petição de recurso extraordinário que cuidava de matéria criminal, a existência de repercussão geral das questões abordadas. De acordo com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do Agravo de instrumento, o Plenário entendeu que esse instituto aplica-se a todos os recursos extraordinários, sejam em matéria cível, criminal, eleitoral ou trabalhista.



Por fim, vale registrar que, até 31 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal já manifestou seu juízo sobre a existência de repercussão geral em dois recursos extraordinários¹⁰².

Na medida em que tende a reduzir drasticamente o volume numérico de processos que chegam à Corte, assim como a limitar o objeto dos julgamentos a questões constitucionais de índole objetiva, a nova exigência da repercussão geral no recurso extraordinário abre promissoras perspectivas para a jurisdição constitucional no Brasil, especialmente quanto à assunção pelo Supremo Tribunal Federal do típico papel de um verdadeiro Tribunal Constitucional.

V.1.2 *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra decisões judiciais*

Como já analisado em tópico específico (IV.2), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), tal como formulada na Lei n° 9.882, de 1999, pode assumir, em alguns casos, a feição de um *recurso de amparo* ou

¹⁰² No Recurso Extraordinário 559.607, Rel. Marco Aurélio, julg. em 26.9.2007, o Tribunal entendeu que a matéria possuía repercussão geral, conforme o parágrafo 3.º do artigo 102 da Constituição Federal. Tratava-se de discussão acerca da constitucionalidade do inciso I do art. 7.º da Lei 10.865/04 —que dispõe sobre a base de cálculo da contribuição para o PIS/Cofins—, cuja segunda parte foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Nesta ocasião, o Ministro Marco Aurélio indicou que, em princípio, teriam repercussão geral todos os recursos extraordinários processados pela alínea *b* do art. 102, III, da Constituição Federal (*Informativo* 481).

O Recurso Extraordinário 559.943, Relatora Ministra Carmem Lúcia, foi o primeiro submetido a sessão eletrônica de julgamento (art. 323, caput, do RISTF), tendo havido manifestação de todos os Ministros da Corte, sendo 9 (nove) pela repercussão geral e 2 (dois) pela não-repercussão. A decisão pela repercussão geral submete a questão discutida nos autos, qual seja, constitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, em face do artigo 143, III, b, da Constituição Federal, à decisão de mérito do Plenário do STF. Ainda sobre a mesma questão, porém, discutindo dispositivo análogo do regime constitucional anterior (art. 5.º, parágrafo único, do Del 1.569/77 em face do art. 18, §1.º, da Constituição Federal de 1967/69), há julgamento eletrônico pendente, a ser finalizado em novembro de 2007.



de uma *reclamação constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*) autônoma no direito brasileiro.

Isso porque, em primeiro lugar, pode ocorrer *lesão a preceito fundamental* fundada em simples *interpretação judicial do texto constitucional*.

Nesses casos, a controvérsia na ADPF não tem por base a constitucionalidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do *recurso extraordinário* essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, a).

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1º da Lei n. 9.882, de 1999, essa hipótese poderá ser objeto de ADPF –lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público–, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de *controle de constitucionalidade difuso*.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.882, de 1999.

Neste passo vislumbra-se, *de lege ferenda*, a possibilidade de conjugação dos institutos da arguição de descumprimento e do recurso extraordinário.

Assim, o legislador poderia atribuir ao recorrente, no recurso extraordinário, o direito de propor simultaneamente a ADPF, devolvendo ao STF a possibilidade de apreciar a controvérsia posta, exclusivamente, no recurso ou também na ação especial.



Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*)¹⁰³.

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os *direitos fundamentais vinculam todos os Poderes* e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos na vertente do princípio da legalidade.

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã: «na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*), devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional»¹⁰⁴.

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico *tribunal de revisão*. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões hão de ter sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma

¹⁰³ Schlaich, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. Munique, 1985, 4. ed., p. 108.

¹⁰⁴ *Verfassungsbeschwerde* (BVerfGE 7/198 (207); 12/113 (124); 13/318 (325), 18/85 (92 e ss.); (Cfr.) também, Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2a ed., Munique, 1988, p. 220.



decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal¹⁰⁵.

Enquanto essa orientação prevalece em relação a leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do Direito, o juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, de que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, de que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial¹⁰⁶. Não raras vezes observa a Corte Constitucional que determinada decisão judicial afigura-se insustentável porque assente em interpretação objetivamente arbitrária da norma legal¹⁰⁷.

Assim, uma decisão que, *v.g.*, amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afronta ao princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* (Lei Fundamental alemã, art. 103, II).

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais¹⁰⁸.

¹⁰⁵ SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, cit., p. 109.

¹⁰⁶ Cfr. sobre o assunto, Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 109.

¹⁰⁷ BVerfGE 64/389 (394).

¹⁰⁸ Zuck, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, cit., 1988, p. 221.



Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes, sobretudo, do sistema concentrado, é certo que a idéia de que a não-observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional, que tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5º, § 1º).

Certamente afigurava-se extremamente difícil a aplicação desse entendimento, entre nós, no âmbito do recurso extraordinário.

O caráter marcadamente individual da impugnação, a fragmentariedade das teses apresentadas nesse processo, a exigência estrita de prequestionamento, contribuíam para dificultar a aplicação da orientação acima desenvolvida no âmbito do recurso extraordinário.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá libertar dessas amarras formais o questionamento da decisão judicial concreta, abrindo a possibilidade para que a ADPF assumia, em certa medida, a função de um típico *recurso de amparo* ou de um *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*) no direito brasileiro.

V.2 O Supremo Tribunal Federal e a edição de *súmulas* dotadas de *efeito vinculante* para os demais juízes e tribunais

Desde 1963 o Supremo Tribunal Federal edita súmulas –orientações jurisprudenciais consolidadas– com objetivo de orientar a própria Corte e os demais Tribunais sobre o entendimento dominante do STF sobre determinadas matérias. Até o ano de 2007, foram editadas 735 Súmulas.



A Súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes nos assentos da Casa de Suplicação da época do Brasil colônia, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá se afastar da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 autorizou o Supremo Tribunal Federal a editar a denominada «*súmula vinculante*». Nos termos do art. 103-A da Constituição, a súmula vinculante deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos votos do Supremo Tribunal Federal (oito votos), havendo de incidir sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas do Tribunal. A norma constitucional explicita que a súmula terá por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais.

Tendo em vista a ampla competência do Supremo Tribunal Federal, essas normas tanto poderão ser federais, como estaduais ou municipais. É possível, porém, que a questão envolva tão-somente interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais. Nesses casos, em geral submetidos ao Tribunal sob alegação de contrariedade direta à Constituição (art. 103, III, *a*), discute-se a interpretação da Constituição adotada pelos órgãos jurisdicionais.

Outro requisito para edição da súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, deste modo, a possibilidade da



edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.

A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, *decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental*, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, *elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas*, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização. Nos termos do § 2.º do art. 103-A da Constituição, a aprovação, bem como a revisão e o cancelamento de súmula, poderá ser provocada pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei.

Autorizou-se, assim, ao legislador, ampliar o elenco de legitimados. A Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o referido preceito constitucional, definindo o seguinte elenco de legitimados: I. Presidente da República; II. Mesa do Senado Federal; III. Mesa da Câmara dos Deputados; IV. Procurador-Geral da República; V. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI. O Defensor Público-Geral da União; VII. partido político com representação no Congresso Nacional; VIII. confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX. Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X. Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI. Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Dispõe,



ainda, a lei que o Município é legitimado para propor a edição, revisão ou o cancelamento de súmula vinculante, no curso do processo em que seja parte.

Como consectário de seu *caráter vinculante* e de sua «força de lei» para o Poder Judiciário e para a Administração, requer-se que as súmulas vinculantes sejam publicadas no Diário Oficial da União. Procura-se assegurar, assim, a sua adequada cognoscibilidade por parte de todos aqueles que lhe devem obediência.

Assim, uma vez editada a súmula, da decisão judicial ou ato administrativo que contrariá-la, negar-lhe vigência ou aplicar-lhe indevidamente, caberá *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo de recursos ou outros meios admissíveis de impugnação (art. 7.º da Lei n.º 11.419/2006).

Nos termos da Emenda Constitucional n. 45/04, tal como a edição, o cancelamento ou a revisão da súmula poderá verificar-se mediante decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal, de ofício ou por provocação dos legitimados já referidos (art. 103-A, *caput* e § 2.º).

Importante ressaltar que, de acordo com a Lei n.º 11.417/2006, no processo de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante também poderá ser admitida a intervenção de terceiros (*amicus curiae*).

Tal como já se permite no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (Lei n.º 9.868/99), o Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, poderá, por decisão de 2/3 de seus membros (oito Ministros), *restringir os efeitos vinculantes* da súmula ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de outro momento.

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do Direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser ade-



quadas a essas necessidades, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula vinculante não ocorre de um momento para o outro, exigindo que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto, a sua alteração ou modificação também exige uma discussão cuidadosa.

À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que há previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos tribunais.

Tal questão foi objeto de observação do ministro Sepúlveda Pertence, em pronunciamento perante a Câmara dos Deputados:

«É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem».

A solenidade conferida ao procedimento de revisão da súmula vinculante permite e recomenda que o Tribunal confira a atenção devida à proposta de alteração.

V.3 *A reclamação constitucional contra decisões dos demais juízes e tribunais que usurpem a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal ou violem suas decisões*

A Constituição de 1988 também prevê outra ação constitucional de criação genuinamente brasileira: a *reclamação constitucional*, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e a autoridade de suas decisões.



A reclamação para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de *criação jurisprudencial*. Afirmava-se que ela decorreria da idéia dos *implied powers* deferidos pela Constituição ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos.

Em 1957 aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁹.

A Constituição Federal de 1967¹¹⁰, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional.

Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, *status* constitucional (art. 102, I, I). A Constituição consignou ainda o cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, f), igualmente destinada à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade das decisões por ela exaradas.

Numa tentativa de sistematizar a evolução do instituto no Supremo Tribunal Federal, José da Silva Pacheco, em excelente artigo sobre a reclamação

¹⁰⁹ A Reclamação foi adotada pelo Regimento Interno do STF em 02.10.1957, dentro da competência que lhe dava a Constituição de 1946, em seu art. 97, II, quando foi aprovada proposta dos Ministros Lafayette de Andrada e Ribeiro da Costa, no sentido de incluir o instituto no RISTF, em seu Título II, Capítulo V-«A», intitulado «Da Reclamação».

¹¹⁰ Cfr. CF de 1967, art. 115, parágrafo único, «c», e EC 1/69, art. 120, § único, «c». Posteriormente, a EC n.º 7, de 13.04.77, em seu art. 119, I, «o», sobre a advocatória, e no § 3.º, «c», do mesmo dispositivo, que autorizou o RISTF estabelecer «o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal».



no STF e no STJ, identificou quatro fases distintas da reclamação: «1.º) a primeira vai desde a criação do STF até 1957; 2.º) a segunda começa em 1957, com a inserção da medida no RISTF, até 1967; 3.º) a terceira, a partir do disposto na CF de 1967, art. 115, parágrafo único, «c», que foi reproduzido na EC 1/69, art. 120, parágrafo único, «c» e, posteriormente, após a EC 7, de 13.4.77, com o disposto no art. 119, I, «o», sobre a advocatória, e no § 3.º, «c», autorizando que o RISTF estabelecesse «o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal»; 4.º) a quarta, com o advento da CF de 5.10.88, cujos arts. 102, I, «l» e 105, I, «f», prevêm, expressamente, a reclamação como da competência originária do STF e do STJ»¹¹¹.

Importante discussão reside na natureza da reclamação. A definição de sua natureza jurídica não constitui tarefa fácil, por inexistir consenso na doutrina e na jurisprudência. Pacificado está somente o entendimento de se tratar a reclamação de medida jurisdicional, pondo fim à antiga discussão de que a reclamação constituiria mera medida administrativa. Tal entendimento se deu quando o instituto era identificado com a correção parcial, mas, como explicita Marcelo Navarro Dantas, o fato de a jurisprudência do STF reconhecer, na reclamação, seu poder de produzir alterações em decisões tomadas em processo jurisdicional e da decisão em reclamação produzir coisa julgada confirmam seu caráter jurisdicional¹¹².

No tocante à natureza jurídica, a posição dominante parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de *ação* propriamente dita¹¹³, a despeito de

¹¹¹ PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, Capítulo Único, p.601-635.

¹¹² Cfr. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p.438-439.

¹¹³ Cfr. Pontes de Miranda, «Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Forense, tomo V/384.

outras vozes autorizadas da doutrina identificarem natureza diversa para o instituto, como já referido, seja como remédio processual¹¹⁴, incidente processual¹¹⁵ ou recurso¹¹⁶.

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte.

Anote-se ainda que, com o desenvolvimento dos processos de índole objetiva em sede de controle de constitucionalidade no plano federal e estadual (inicialmente representação de inconstitucionalidade e, posteriormente, ADI, ADIO, ADC e ADPF), a reclamação, como ação especial, acabou por adquirir contornos diferenciados na garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal ou na preservação de sua competência.

A EC n. 45/2005 consagrou a súmula vinculante, no âmbito da competência do Supremo Tribunal, e previu que a sua observância seria assegurada pela reclamação (art. 103-A, § 3.º –«*Do ato administrativo ou decisão judicial*

¹¹⁴ Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reclamação no processo civil brasileiro*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.6, p. 100-101. Cf., ainda, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, in: Recursos no Processo Penal, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 423. Veja também voto-vista do Min. Rafael Mayer na Representação n.º 1.092, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ de 19.12.1984; Nonato, Orosimbo, *apud* Cordeiro de Mello, *O processo no Supremo Tribunal Federal*, vol. 1/280.

¹¹⁵ Cfr. MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *A Correção Parcial*. São Paulo: José Bushatsky, 1969, p.106.

¹¹⁶ Cfr. SANTOS, Moacyr Amaral dos. RTJ 56/546-548; Lima, Alcides de Mendonça. *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*. Aide, 1989, p. 80.



que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso»).

A análise do quadro abaixo transcrito, sobre o número de reclamações propostas nos anos de 1990 a 2007, parece indicar que o referido instituto ganhou significativo relevo no âmbito da competência do STF¹¹⁷.

RECLAMAÇÕES CONSTITUCIONAIS NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
Processos distribuídos no período de 1990 a 2007

Ano	N.º de processos	Ano	N.º de processos
1990	20	1999	200
1991	30	2000	522
1992	44	2001	228
1993	36	2002	202
1994	45	2003	275
1995	49	2004	491
1996	49	2005	933
1997	62	2006	837
1998	275	2007	204*

* atualizada até 2.4.2007. Fonte: Secretaria Judiciária do STF

¹¹⁷ Quanto ao critério de numeração das Reclamações no STF, vale ressaltar que a Secretaria do Tribunal registrava, até a entrada em vigor do RISTF de 1970, em 15.10.1970, as Reclamações e as Representações em um mesmo «Livro de Andamento Processual de Representações e Reclamações», e na mesma seqüência numérica (tal seqüência atingiu o n.º 854, em processo distribuído em 02.10.1970). A partir do novo Regimento, a Secretaria passou a registrar somente as Representações no referido livro, iniciando novo registro para as Reclamações. Assim, em 04.11.1970, o novo «Livro de Andamento Processual de Reclamações» registrou, mais uma vez, a Reclamação de n.º 1.



Tal como observado, a reclamação destina-se (a) a preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou (b) a garantir a autoridade de suas decisões.

Caso se verifique a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, cabível será a reclamação.

É muito comum a propositura de reclamação com o objetivo de definir a competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir conflitos entre Estados-membros ou entre estes e a União.

O Tribunal tem-se valido da reclamação para assegurar a eficácia das decisões tomadas em *habeas corpus*¹¹⁸ ou para garantir a autoridade da decisão em recurso extraordinário¹¹⁹.

145

Como já referido, expressiva novidade trouxe a Reforma do Judiciário quanto à reclamação para garantir a autoridade da decisão do Supremo Tribunal, consagrada em súmula vinculante (EC 45/2004).

O modelo constitucional adotado consagra, portanto, a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração ou contra ato judicial em desconformidade com a súmula dotada de efeito vinculante.

Trata-se, certamente, de grande inovação do sistema, uma vez que a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante é largamente praticada.

¹¹⁸ Rcl. n.º 2.190, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14.10.2005.

¹¹⁹ Rcl. n.º 1865, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 16.12.2005.



Outra questão relevante para o controle de constitucionalidade diz respeito à ação civil pública ou à ação popular com desiderato, exclusivo, de obter uma declaração de inconstitucionalidade de lei.

Embora a ação civil pública tenha objeto definido, é certo que a abrangência desse objeto e a eficácia *erga omnes* da decisão que nela se profere (Lei n.º 7.347/85, art.16) suscita sérias dúvidas sobre sua correta utilização em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Na Reclamação n.º 434, o Supremo Tribunal julgou procedente a pretensão formulada pelo Procurador-Geral da República, por entender que o objeto da ação civil era a própria constitucionalidade da lei estadual¹²⁰.

No julgamento das reclamações n.º 602, Rel.Min. Ilmar Galvão, e n.º 600, Rel. Min. Néri da Silveira, em 03.09.1997, o Tribunal firmou orientação no sentido de que, na ação civil pública proposta com o objetivo de proteger direito difuso ou coletivo, pode-se verificar, licitamente, a declaração de inconstitucionalidade incidental, não se podendo, por isso, cogitar de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal¹²¹.

Tal entendimento dá ensejo a uma distinção entre a ação civil pública que tenha por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, daqueloutra na qual a questão constitucional configura simples questão prejudicial da postulação principal.

É o que foi afirmado na Rcl. n.º 2.224, da relatoria de Sepúlveda Pertence, na qual se enfatizou que *«ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes não é posta como causa de pedir, mas, sim,*

¹²⁰ Rcl. n.º 434, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 9.12.94.

¹²¹ Rcl. n.º 602, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 03.09.1997, DJ de 14.02.2003; Rcl. n.º 600, Rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 03.09.1997, DJ de 05.12.2003.



como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade»¹²².

Não há como negar, porém, como observado¹²³, que a amplitude que se confere –e que se há de conferir– à decisão proferida em ação civil pública permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal.

Confrontado novamente com esse tema no julgamento da Rcl. n.º 2.460, o STF enfrentou a questão da existência ou não de usurpação de sua competência constitucional (CF, art. 102, I, a), em virtude da pendência do julgamento da ADI n.º 2.950 e o deferimento de liminares em diversas ações civis públicas ajuizadas perante juízes federais e estaduais das instâncias ordinárias, sob o fundamento de inconstitucionalidade da mesma norma impugnada em sede direta¹²⁴.

No caso, o Tribunal considerou que, ainda que se preservassem os atos acautelatórios adotados pela justiça local, seria apropriado determinar a suspensão de todas as ações civis até a decisão definitiva em sede da ação direta. Ressaltou-se, no ponto, que a suspensão das ações decorria não da sustentada usurpação da competência¹²⁵, mas sim do objetivo de coibir eventual trânsito

¹²² Rcl. n.º 2.224, Rel.Min.Sepúlveda Pertence, DJ de 10.02.2006.

¹²³ Cfr., *supra*, texto sobre O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro, item sobre «A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle de Constitucionalidade».

¹²⁴ Cfr. Decreto n.º 25.723/1999-RJ, que regulamenta a exploração da atividade de loterias pelo Estado do Rio de Janeiro.

¹²⁵ Decisão na Rcl (MC) no 2460, Rel. Ministro Marco Aurélio, de 21.10.2003, DJ de 28.10.2003.



em julgado nas referidas ações, com o conseqüente esvaziamento da decisão a ser proferida nos autos da ação direta¹²⁶.

Na Rcl. n.º 1.017, julgada em 07.04.995, proposta contra ação popular cujo pedido e causa de pedir coincidiam com o de ação direta por omissão, considerou-se usurpada a competência da Corte («*Reclamação: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, l): ação popular que, pela causa de pedir e pelo pedido de provimento mandamental formulado, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas, de privativa competência originária do Supremo Tribunal: procedência*»)¹²⁷.

Tem-se aqui, pois, nesse último rol de casos, uma amplíssima utilização do instituto da reclamação, não só para assegurar a competência do Supremo Tribunal Federal, mas também para assegurar a sua competência em sede de controle jurisdicional de constitucionalidade.

148

A estrutura procedimental da reclamação é bastante singela e coincide, basicamente, com o procedimento adotado para o mandado de segurança. As regras básicas estão previstas nos artigos 156-162 do RISTF e nos artigos 13 a 18 da Lei n.º 8.038/90.

A reclamação poderá ser proposta pelo Procurador-Geral da República ou por qualquer interessado, devendo estar instruída com prova documental (RISTF, art. 156 e parágrafo único; Lei n.º 8.038/90, art.13 e parágrafo único). Ressalte-se que a expansão do efeito vinculante no controle concentrado

¹²⁶ Cfr. no julgamento da Rcl (MC) no 2460, de 10.03.2004, DJ de 06.08.2004, o Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão concessiva de liminar e determinou a suspensão, com eficácia *ex nunc*, das ações civis públicas em curso. Restou mantida a tutela antecipada nelas deferida, tendo em vista a existência de tramitação de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

¹²⁷ Rcl. n.º 1.017, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 07.04.2005, DJ de 03.06.2005.

(ADI, ADC, ADPF) e, mais recentemente, a adoção da súmula vinculante, contribuíram (e ainda hão de contribuir) para ampliar a legitimação para propositura da reclamação. É que nos termos do entendimento hoje dominante, especialmente a partir da Rcl. n.º 1.880¹²⁸, toda e qualquer pessoa afetada pela decisão contrária à orientação com efeito vinculante poderá questionar esse ato em reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

A autoridade reclamada deverá prestar informações no prazo de cinco dias (RISTF, art. 157). O pedido do reclamante poderá ser impugnado por qualquer interessado (art. 159).

Nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal, poderá o relator determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal (art. 158).

Nas reclamações não formuladas pelo Procurador-Geral da República, será concedida vista ao chefe do Ministério Público após as informações (RISTF, art. 160).

Das decisões adotadas pelo relator, caberá o recurso de agravo regimental para o órgão colegiado (Turma).

Se julgada procedente a reclamação, poderá o Tribunal ou a Turma, se for o caso (RISTF, art. 161):

- a) avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;
- b) ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;

¹²⁸ Rcl. n.º 1.880 (AgR), Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 19.03.2004.



c) cassar a decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

A Emenda Regimental n.º 13, de 2004, autorizou o relator a decidir monocraticamente, em caso de situações repetitivas ou idênticas, objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal (art. 161, parágrafo único do RIS-TF).

Os vários óbices à aceitação do instituto da reclamação em sede de controle concentrado parecem ter sido superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.

Com o advento da Lei n.º 9.882/99, que estendeu o reconhecimento do efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público, a questão assume relevo prático, em razão, especialmente, do objeto amplo da ADPF, que envolve até mesmo o direito municipal. Não há dúvida de que a decisão de mérito proferida em ADPF será dotada de efeito vinculante, dando azo, por isso, à reclamação para assegurar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

VI. CONCLUSÕES

Esses são os principais contornos da Jurisdição Constitucional no Brasil.

Certamente, foram aqui revelados e sintetizados, em breves palavras, os caminhos por onde se pode trilhar no sentido de uma cada vez maior aproximação entre os sistemas de jurisdição constitucional ibero-americanos.



A adoção, no Brasil, de mecanismos como a *repercussão geral* no recurso extraordinário, que possibilita ao Tribunal a filtragem dos casos que serão por ele decididos, tal como um *writ of certiorary*, assim como o profícuo desenvolvimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que pode assumir a feição de um típico *recurso de amparo* ou de *recurso constitucional* (*Verfassungsbechwerde*), permitindo o acesso direto à Corte para a proteção de direitos fundamentais, podem dar conformação, no Brasil, a um sistema cada vez mais próximo aos modelos ibero-americanos de jurisdição constitucional.

As perspectivas são promissoras nesse sentido. O permanente intercâmbio entre os diversos Tribunais e Salas Constitucionais proporcionado pela Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional têm contribuído proficuamente para uma possível aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade, com suas singularidades e peculiaridades próprias.

A similaridade de origens e desenvolvimento histórico, assim como a construção da sociedade sob as bases comuns do Estado constitucional democrático e republicano, permitem aos países ibero-americanos o constante compartilhamento de problemas comuns vivenciados em cada sistema.

Enfim, os países ibero-americanos têm hoje aberta a via para a construção de uma cultura jurídico-constitucional comum, com base nos pressupostos básicos da democracia e dos direitos fundamentais.



5.2

La relación entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción constitucional en España: el control de constitucionalidad de las sentencias de los Jueces y Tribunales ordinarios: ventajas del modelo, tensiones que genera y desafíos a los que ha de enfrentarse

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ

Vicepresidente del Tribunal Constitucional de España

152

SUMARIO: I. Introducción: A) Jurisdicción ordinaria, Jurisdicción constitucional y unidad del Ordenamiento jurídico. B) La exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. C) La supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales.—II. Relaciones entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción constitucional: A) Relaciones de colaboración: a) La obligada asistencia de los órganos judiciales al Tribunal Constitucional. b) La colaboración del Tribunal Constitucional con los Jueces y Tribunales ordinarios a través de la resolución de cuestiones de inconstitucionalidad. B) Relaciones de control. El recurso de amparo: a) La inclusión del recurso de amparo entre los procesos sobre los que se extiende la jurisdicción del Tribunal Constitucional con carácter subsidiario a la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los órganos de la Jurisdicción ordinaria. b) La afirmación efectiva en la vida jurídica de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a través de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional al resolver recursos de amparo. c) La incidencia de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre los pronunciamientos de los órganos de la Jurisdicción ordinaria. Desencuentros y fricciones. d) Previsiones constitucionales y legales para reducir los puntos de fricción entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción constitucional. La paradójica conflictividad generada por la terminología utilizada por el Tribunal Constitucional en la formulación del estricto canon seguido en su enjuiciamiento de las posibles vulneraciones *in*

Relaciones entre jurisdicciones



procedendo por las resoluciones judiciales frente a las que se reclame su amparo. e) Autocontención o *self-restraint* de la Jurisdicción constitucional. f) La delimitación por el Tribunal Constitucional del alcance de sus fallos. g) La redefinición de la procedencia del recurso de amparo y la reafirmación de la Jurisdicción constitucional.

I.

INTRODUCCIÓN

A) Jurisdicción ordinaria, Jurisdicción constitucional y unidad del Ordenamiento jurídico

El tema central que propone la configuración de una específica Jurisdicción constitucional con competencias y estructuras diferenciadas de las propias de la Jurisdicción ordinaria creo que ha de analizarse a partir de un planteamiento conceptual que, como punto de partida, puede parecer sencillo e inequívoco: a los órganos de la Jurisdicción ordinaria, en los cuales se encarna o reside el Poder Judicial del Estado, corresponde resolver los procesos incoados ante ellos interpretando y aplicando el Ordenamiento jurídico, *todo el Ordenamiento jurídico*. A la Corte o Tribunal en que se residencia el ejercicio de la Jurisdicción constitucional compete la interpretación y, dentro de la específica esfera en que ello le haya sido encomendado, la aplicación y la defensa de la Constitución.

Pero frente a esta aparentemente sencilla y lógica primera aproximación surge una inmediata y evidente dificultad. La unidad del Ordenamiento jurídico conlleva la imposibilidad de fijar un contenido material de la Jurisdicción constitucional. Como observó el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 50/1984, de 5 de abril¹²⁹: «*La distinción entre la Jurisdic-*

¹²⁹ Fundamento jurídico 3.



ción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida [...] refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la Jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables».

Resulta, pues, necesario matizar o complementar las, por excesivamente simplistas, a la postre erróneas o al menos inadecuadas aproximaciones iniciales al tema de la distinción entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria.

En el ejercicio de esta última, a los Jueces y Tribunales en los que se encuentra residenciado el Poder Judicial corresponde interpretar y aplicar el Ordenamiento jurídico. De conformidad a ello, según proclama el artículo 117, apartados 3 y 4, de la Constitución española, el cometido específico de estos órganos jurisdiccionales, la misión que constitucionalmente les viene encomendada con carácter exclusivo, es la de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. Y, claro es, al desarrollar estas tareas necesariamente han de interpretar y aplicar la norma fundamental del Ordenamiento, la *Lex legum*. Como advierte la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹³⁰, «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Esta última precisión de la norma pone de relieve el contenido esencial de la función de un órgano configurado y definido como «intérprete supremo

¹³⁰ En su artículo 5.1.



de la Constitución»¹³¹. A él corresponde la interpretación última de ésta y su aplicación (el *hacerla valer*) en las resoluciones que adopte en los procesos sometidos a su enjuiciamiento. Como gráficamente resalta el juramento o promesa que han de prestar «*el Presidente y los demás Magistrados*» del Tribunal Constitucional al asumir sus cargos ante el Rey¹³², en el desempeño de ellos quedan comprometidos a «*guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución española*».

Ahora bien, ¿es posible que para cumplir las funciones encomendadas al Tribunal Constitucional este órgano jurisdiccional pueda no tener que realizar otra tarea interpretativa que la estrictamente referida a las normas y a los principios constitucionales? Quizá en algunos casos límites, en ciertos muy infrecuentes supuestos extremos, que cabría calificar *de casos de escuela*, así sea. Pero en la inmensa mayoría de sus actuaciones, en la normalidad del discurrir de éstas, el enjuiciamiento del intérprete último de la Constitución habrá de producirse tomando en consideración leyes o preceptos infraconstitucionales, bien porque tales leyes o preceptos constituyan directamente el objeto de su control, bien como consecuencia de que lo ante él residenciado sea la aplicación de unas u otros por los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción ordinaria.

El Tribunal Constitucional, por tanto, habrá de proyectar con naturalidad su actividad interpretativa del Ordenamiento jurídico sobre la totalidad del conjunto normativo de éste. Tanto sobre los preceptos constitucionales como sobre los infraconstitucionales. Y de ello resulta inevitablemente una coincidencia o concurrencia con la actuación característica de los órganos de la

¹³¹ Artículo 1.1 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹³² De conformidad a lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.



Jurisdicción ordinaria que, si por lo que se refiere a los preceptos y principios constitucionales no suscita especiales problemas, puesto que la interpretación que de ellos establezca el Tribunal Constitucional es la última o *suprema*, la *lectura* o interpretación que nadie puede desconocer o impugnar, por lo que respecta a las normas infraconstitucionales no puede menos que plantear la dificultad de delimitar el valor o el sentido del entendimiento que de ellas efectúe un órgano que, según resulta de la configuración esencial de las funciones que le resultan específicamente atribuidas, no ha sido en rigor creado para su interpretación y aplicación.

La fértil doctrina italiana, con la finalidad de reducir a términos asumibles la *guerra delle Corti* que en algunos momentos se abrió entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* de la República, ha encontrado una respuesta ingeniosa y elegante a la cuestión propuesta: el primero de los referidos órganos jurisdiccionales, al tomar en consideración como uno de los factores que han de entrar en juego en el enjuiciamiento que le es propio algún precepto infraconstitucional, ha de atenerse a la interpretación dada a éste por el segundo de ellos, que es la que configura el *Diritto vivente*, la que, diría un jurista español inspirándose en el principio consagrado en el artículo 1.6 del Código civil, concreta jurisprudencialmente el sentido que ha de darse a las palabras del legislador, a las normas consuetudinarias y a los principios generales del Derecho.

Pero ¿cabrá siempre encontrar a través de esta vía una respuesta adecuada, hábil, a la dificultad que propone la necesidad de que el Tribunal Constitucional haya de interpretar preceptos y textos infraconstitucionales? ¿Podrá encontrarse en todos los casos una interpretación segura o indubitada de aquéllos y de éstos en los pronunciamientos de los órganos de la Jurisdicción ordinaria y, específicamente, en los del órgano judicial que es el superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales, el Tribunal

Supremo¹³³? (los interrogantes abiertos, claro es, se refieren a la existencia y a la afirmación con el carácter de inequívoca y consolidada de la interpretación jurisprudencial de la norma infraconstitucional que en el caso concreto se inserte en el proceso de su enjuiciamiento; no a la conformidad o discordancia de tal interpretación con la *Lex legum*, cuestión evidente e inequívocamente atribuida al Tribunal Constitucional en cuanto último y definitivo intérprete de ésta¹³⁴).

Parece difícil, si se quiere ser fiel a la exigencia de proceder con un mínimo rigor intelectual, dar una contestación tajantemente afirmativa a las cuestiones propuestas. Sin duda no cabe excluir que, en algunos casos, no resulte fijado jurisprudencialmente el sentido de determinados preceptos cuyo significado o alcance tenga que determinar (deba *inventar*, en el sentido etimológico de este término; esto es, haya de *llegar a él*) el Tribunal Constitucional para resolver algunas de las cuestiones sometidas a su enjuiciamiento. O puede que la interpretación jurisprudencial de determinados preceptos no sea aplicable al supuesto sobre el cual haya de proyectarse su enjuiciamiento (y, por su propia naturaleza, la jurisprudencia tiene siempre un marcado carácter casuístico, una dimensión o conexión *tópica*; se crea y se construye *ad casum*). O cabe también considerar la hipótesis de que no exista una jurisprudencia uniforme o *pacífica*, sino que, por el contrario, en los pronunciamientos de Jueces y Tribunales, sin excluir los efectuados por el Tribunal Supremo, se manifiesten diversas e incluso contradictorias interpretaciones de determinadas normas infraconstitucionales (el jurista no sólo ha de enfrentarse en ocasiones con el grave problema de las antinomias

¹³³ Según establecen los artículos 123.1 de la Constitución y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹³⁴ Función que le ha llevado a pronunciar fallos *interpretativos de rechazo*; así, *ad exemplum*, ha declarado «*inconstitucional el artículo 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*» (Sentencia 105/1988, de 8 de junio).



legales, sino también, a veces, con el de la disparidad o la desarmonía de la jurisprudencia).

B) La exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la potestad jurisdiccional

Las observaciones anteriores nos sitúan ante la necesidad de reflexionar sobre el sentido y el grado en los que resulta posible afirmar que corresponde a los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción ordinaria la interpretación, *con carácter exclusivo* (si se quiere, *excluyente*), de la normativa infraconstitucional.

Como ya ha sido resaltado en el inicio de estas reflexiones, el artículo 117.3 de la Constitución española atribuye «*exclusivamente*» a dichos órganos «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*».

Este último aspecto de la función atribuida a los Jueces y Tribunales es, en rigor, el más esencial y definitorio del *imperium* atribuido al Poder Judicial. El formalizar la reacción del Poder Público ante la demanda de tutela jurisdiccional es la misión que se encomienda al magistrado, en la vieja tradición heredada de Roma, al *pretor* y sólo a él. Emitir una *opinio iuris*, si se quiere un *iudicium*, puede, en algunas (muy numerosas) controversias recabarse de un *iudex* o de unos *iudices*, en el Derecho moderno de un árbitro o de un colegio arbitral; pero el *laudo* o decisión que se obtenga a través de tal vía, de no recibir voluntario cumplimiento por las partes, tendrá en definitiva que ser hecho valer, ser ejecutado, en su caso, por el Juez o Tribunal competente al efecto. Y, conforme a tal configuración básica del *imperium* característico del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, institución superpuesta a los tradicionales Poderes del Estado, hace descansar en la obligada cooperación de los órganos de aquél la efectividad de las actuaciones de



éste, al que expresamente faculta para requerir la asistencia de dichos órganos¹³⁵ y para confiarles la ejecución de sus resoluciones¹³⁶.

Distinta es, por el contrario, la articulación de las competencias propias del Tribunal Constitucional y las de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial en el plano de la emisión del *juicio*, de la interpretación de la norma y de la declaración de lo que, de acuerdo a ella, debe entenderse como respuesta conforme al Ordenamiento jurídico en los concretos casos sometidos a su enjuiciamiento.

En este terreno el protagonismo primero y ordinario corresponde, desde luego, a los Jueces y Tribunales ordinarios. Ellos, para administrar la justicia que emana del pueblo¹³⁷, han de juzgar¹³⁸. Y en el ejercicio de esta función, el Tribunal Supremo «*es el órgano superior en todos los órdenes*»¹³⁹ cuya doctrina «*al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*» complementa el Ordenamiento jurídico¹⁴⁰.

Ahora bien, esta posición primera y básica que ocupan los órganos del Poder Judicial en la dimensión del desarrollo de la función jurisdiccional que ahora estamos contemplando ha de ser integrada y armonizada con la que corresponde del Tribunal Constitucional, la propia y específica de este órga-

¹³⁵ El artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece a este respecto que: «*Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite.*»

¹³⁶ Como previene el artículo 92, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «*El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.*»

¹³⁷ Como proclama el artículo 117.1 de la Constitución.

¹³⁸ Como proclama el artículo 117.3 de la Constitución.

¹³⁹ Artículo 123.1 de la Constitución.

¹⁴⁰ Artículo 1.6 del Código civil.



no, «intérprete supremo de la Constitución»¹⁴¹ e instancia última o superior «en materia de garantías constitucionales»¹⁴².

C) La supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales.

La supremacía atribuida a la Jurisdicción constitucional en el ámbito de las garantías constitucionales responde a una opción del constituyente por asegurar al máximo nivel y con la mayor eficacia la tutela de *los derechos fundamentales y las libertades públicas* que, tras largos años de haber sido desconocidos por el régimen autoritario instaurado al finalizar la Guerra Civil, se afirmaron en 1978 como pieza angular, *fundamento*, del Estado social y democrático de Derecho en que se constituyó España¹⁴³.

Claro es que la atribución de tal supremacía no supone, en modo alguno, que los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción ordinaria no hayan de desempeñar un papel esencial en la tarea de hacer realidad en la vida diaria el respeto de aquellos derechos y libertades, como, en general, la efectividad de todos los derechos y la tutela de todos los intereses legítimos. Al Poder Judicial viene confiada la primera y, en la práctica, la más resolutive y funcional defensa de los derechos y de los intereses legítimos de los ciudadanos y de todas las personas a las que resulte aplicable el Ordenamiento jurídico nacional. Pero en la España de 1978 se consideró que debían potenciarse las garantías de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y a tal fin se hizo de la intervención del Tribunal Constitucional en la resolución del *recurso de*

¹⁴¹ Conforme proclama el artículo 1.1 de su Ley Orgánica.

¹⁴² Según terminantemente establecen los artículos 123.1 de la Constitución y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁴³ Tal y como solemnemente proclaman los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución.



amparo frente a su violación¹⁴⁴ una *pieza de cierre* del sistema, si bien, ante el peligro (que la realidad ha demostrado no era en modo alguno quimérico) de que un uso excesivo de tal recurso pudiese acarrear la disfuncional consecuencia de que el Tribunal fuera a la postre incapaz de hacer frente al reto de responder a todas las denuncias de todas las vulneraciones que ante él se adujeran (lo que le haría *víctima de su propio éxito*, como con previsor acierto observó en los debates abiertos durante el desarrollo del proceso constituyente el senador de designación real don Luis de Angulo Montes), la procedencia de la interposición del recurso de amparo se circunscribió «a los casos» (y «en la forma») que la ley estableciera¹⁴⁵.

II.

RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

161

A) Relaciones de colaboración

Las relaciones entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional han de ser contempladas, ante todo, en el plano de la colaboración.

a) *La obligada asistencia de los órganos judiciales al Tribunal Constitucional*

Como ya ha quedado apuntado, la singular posición que en el complejo entramado del Estado de Derecho ocupa el Tribunal Constitucional, super-

¹⁴⁴ En los términos específicos de que hace uso el constituyente, ante la «violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución» [artículo 161.1.b) de la Constitución española].

¹⁴⁵ De conformidad a la precisión introducida en los artículos 53.2 y 161.1.b) de la Constitución.



puesto a los tradicionales Poderes Públicos, pero no identificado con ninguno de ellos, hace necesario que le sean dispensadas las asistencias que requiera la efectividad de sus resoluciones. A tal efecto la Ley Orgánica del Tribunal dispone que «*todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva*»¹⁴⁶ y, en particular, que «*los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite*»¹⁴⁷.

b) *La colaboración del Tribunal Constitucional con los Jueces y Tribunales ordinarios a través de la resolución de cuestiones de inconstitucionalidad*

Pero, sin duda, el más trascendente campo en el que se produce una decisiva colaboración entre los órganos de la Jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional es el del control de la constitucionalidad de las leyes.

Si la Constitución es la *Norma Suprema*, a cuyos principios y preceptos están subordinadas todas las demás que conforman el Ordenamiento jurídico, resulta indispensable la articulación en éste de mecanismos a través de los cuales pueda controlarse la efectividad real de dicha subordinación. En breves y sencillos términos: es necesario configurar vías procesales que permitan resolver los posibles contrastes entre la Constitución y cualquier otra norma a efectos de hacer operativa en la práctica la primacía conceptual y jurídica de la primera.

No suscita problemas especiales en España el control de la constitucionalidad de las disposiciones de rango inferior a ley que está atribuido con plenitud de jurisdicción a los órganos judiciales que integran el Poder Judi-

¹⁴⁶ Artículo 87.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁴⁷ Artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.



cial. En efecto, como terminantemente establece la Ley Orgánica de éste¹⁴⁸, «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa», para lo cual habrán de observar lo previsto en el artículo 5.1 del mismo texto legal, en el cual se reitera la proclamación del preeminente valor de la *Norma Fundamental del Estado*¹⁴⁹ al proclamar que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales». Ahora bien, ya incluso en el plano de esta concreta tarea del control de la constitucionalidad de las disposiciones infralegales se abre una línea de colaboración entre los Jueces y los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, puesto que en el mismo citado artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se precisa que aquéllos, al interpretar y aplicar las normas en los supuestos sometidos a su enjuiciamiento conforme a los preceptos y principios de la Constitución, habrán de atenerse «a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Pero, sin duda alguna, la colaboración más relevante que contempla el Ordenamiento jurídico español entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional es la que se establece a través de la actuación coordinada de aquéllos y de éste al efectuar el control de la constitucionalidad de las leyes.

El desempeño de tal función en los sistemas de *control difuso de la constitucionalidad* de las normas de rango legal viene atribuido a los órganos judiciales ordinarios, cuyos pronunciamientos se armonizan o reconducen a la uniformidad necesaria para asegurar la unidad esencial de la interpretación de los

¹⁴⁸ En su artículo 8.

¹⁴⁹ Solemne expresión utilizada en la promulgación de la Constitución española.



principios y preceptos constitucionales a través de diferentes y complejos sistemas de recursos.

Por el contrario, en los sistemas de *control concentrado de la constitucionalidad* de las leyes, como el español y, en general, los característicos de los Estados que han incorporado a su estructura orgánica la institución del Tribunal Constitucional, los Jueces y Tribunales ordinarios no están llamados a declarar la conformidad o la colisión con la *Lex legum* de la legalidad infraconstitucional, a cuyo imperio se encuentran expresamente sometidos¹⁵⁰. Ahora bien, esta sumisión no se configura como una subordinación acrítica o ciega. El Juez o el Magistrado no es simplemente la boca por la que habla la ley; también es la figura a la que corresponde el análisis racional de ésta, su interpretación y, de conformidad con el propio recto criterio, su valoración crítica.

Pero, tras reconocer en forma expresa y sin reserva alguna que esto es así, ha también de afirmarse resueltamente que queda excluida de la jurisdicción de los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial la posibilidad de que la consideración negativa o desfavorable a la que entiendan, cuando así sea el caso, que deben llegar respecto de las normas legales sobre las cuales hayan proyectado su enjuiciamiento se traduzca en la declaración formal de la oposición o disconformidad de tales normas con la Constitución.

Esta declaración y su consecuencia ineludible de la nulidad o ineficacia de las normas infraconstitucionales con rango de ley a las que haga referencia (nulidad o ineficacia a veces modulada temporalmente), sólo puede proceder

¹⁵⁰ Según establece terminantemente el artículo 117.1, *in fine*, de la Constitución española.



del Tribunal Constitucional¹⁵¹. Ahora bien, la actuación del intérprete supremo de la *Carta Magna* no puede producirse de oficio. Sin necesidad de mayor desarrollo en la exposición de esta idea, baste apuntar que resultan intuitivamente apreciables los peligros y las disfunciones que generaría el otorgamiento de esta facultad a un órgano «*independiente de los demás órganos constitucionales*» y «*sometido sólo a la Constitución*» y a su Ley Orgánica¹⁵². La posibilidad del pronunciamiento por parte de este órgano jurisdiccional de juicios de constitucionalidad sobre las normas ha de ser abierta, bien directamente en virtud de la presentación de *recursos de inconstitucionalidad*¹⁵³ o a través de la promoción de *cuestiones de inconstitucionalidad*¹⁵⁴, bien indirecta o mediatamente, como consecuencia de que la interposición de un recurso de amparo¹⁵⁵ diera lugar a que el Tribunal apreciase que una ley lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, lo que¹⁵⁶ llevaría al planteamiento de las denominadas *autocuestiones*.

Menos relevancia tienen, a los efectos que en este momento interesan, los *conflictos constitucionales* suscitados «*entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí*», planteados entre determinados «*órganos constitucionales del Estado*» o promovidos «*en defensa de la autonomía local*», «*la*

¹⁵¹ En este sentido se pronuncian, entre otras muchas, las Sentencias 173/2002, de 9 de octubre, fundamentos jurídicos 8 y 9, y 58/2004, de 19 de abril, fundamento jurídico 13.

¹⁵² Como advierte el artículo 1.1 de este último texto legal.

¹⁵³ «[C]ontra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» [artículo 161.1.a) de la Constitución].

¹⁵⁴ Por parte de los órganos judiciales que «*considere[n] en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución*» (artículo 163 de la Constitución).

¹⁵⁵ Cuyo conocimiento atribuye al Tribunal Constitucional el artículo 161.1.b) de la Constitución.

¹⁵⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.



impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución»¹⁵⁷ y los procesos de declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales¹⁵⁸. Pero, en todo caso, lo que ahora debe destacarse es la significación institucional que en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes alcanzan las cuestiones de constitucionalidad («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»¹⁵⁹).

En estas últimas se manifiesta la más trascendental colaboración constitucionalmente prevista entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional¹⁶⁰. A través de su planteamiento (en virtud de una decisión de su exclusiva competencia) los Jueces y Tribunales ordinarios¹⁶¹ participan en la esencial tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes, pues, aun cuando su jurisdicción no comprenda la potestad de declarar la disconformidad con la *Norma Suprema* de las disposiciones de rango legal que reputen inconstitucionales y ni siquiera estén facultados para inaplicar aquellas cuya constitucionalidad les suscite dudas o reservas, pueden y deben plantear el problema de su posible inconstitucionalidad ante el Tri-

¹⁵⁷ Regulados en los artículos 161.1, epígrafes c) y d), de la Constitución y 59 a 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁵⁸ Regulados en los artículos 95.2 y 161.1.d), de la Constitución y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁵⁹ Sentencia 156/2004, de 21 de septiembre, fundamento jurídico 2.

¹⁶⁰ Aspecto destacado en muchas de las resoluciones de este último; por todas, véanse la Sentencia 178/2004, de 21 de octubre, fundamento jurídico 5 o el Auto 103/2004, de 13 de abril, fundamento jurídico 2.

¹⁶¹ De conformidad con lo establecido en los artículos 163 de la Constitución y 35 a 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

bunal Constitucional¹⁶². De ello resulta que, en la práctica, la colaboración entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional da lugar, de una parte, a la existencia de un auténtico *amparo frente a leyes*¹⁶³, y, de otra, a la posibilidad de proceder a la depuración del Ordenamiento jurídico mediante la apreciación de los posibles vicios de inconstitucionalidad de las normas legales cuando éstas hayan de constituir el soporte decisivo o la *ratio* de los fallos judiciales¹⁶⁴.

B) Relaciones de control. El recurso de amparo

a) La inclusión del recurso de amparo entre los procesos sobre los que se extiende la jurisdicción del Tribunal Constitucional con carácter subsidiario

¹⁶² «Si la Ley postconstitucional es contraria a la Constitución sólo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE puede dejar de ser aplicada» (Sentencia 58/2004, de 19 de abril, fundamento jurídico 14).

¹⁶³ Baste observar al respecto que, aun cuando es claro «*que no puede interponerse un recurso de amparo contra disposiciones o actos con valor y fuerza de Ley pretendiendo directamente la declaración de inconstitucionalidad de los mismos*» (Auto 255/1985, de 17 de abril, fundamento jurídico 1, que transcribe numerosos pronunciamientos que reiteran esta doctrina), la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional «*arbitra soluciones para que en el caso de que la violación constitucional esté en una Ley, y, por aplicación de ésta, en el acto que ha dado lugar al amparo, pueda efectuarse el efecto invalidatorio erga omnes, que es propio del recurso de inconstitucionalidad*» (Sentencia 14/1982, de 21 de abril, fundamento jurídico 8; en el mismo sentido, Sentencia 6/1986, de 21 de enero, fundamento jurídico 1), mediante el expediente de «*impugnar directamente ante los tribunales ordinarios, y subsidiariamente en amparo, las disposiciones y actos de ejecución de la Ley, así como solicitar y, en su caso, obtener el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*» (Auto 496/1989, de 16 de octubre, fundamento jurídico único).

¹⁶⁴ En este sentido la temprana Sentencia 17/1981, de 1 de junio (fundamento jurídico 1), resaltó que «*la depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal Constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas*».



a la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los órganos de la Jurisdicción ordinaria.

La vigente Constitución española, con el antecedente del artículo 121.b) de la Constitución de 1931 y la decisiva influencia del artículo 93.1).4.a) de la Constitución de la República Federal de Alemania, ha atribuido al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso de amparo, por violación de los derechos y libertades referidos en su artículo 53.2, «*en los casos y forma que la ley establezca*», según la literal (y cargada de intención) fórmula consagrada en el artículo 161.1.b).

Con ello, como ha quedado anteriormente indicado, el constituyente quiso prevenir el peligro de que una apertura excesiva de la posibilidad de utilización de este recurso pudiera multiplicar las solicitudes de tutela de la Jurisdicción constitucional en términos tales que hicieran de hecho imposible su funcionamiento tempestivo. Que tal peligro era muy real ha quedado sobradamente acreditado por la práctica, en la que el número de demandas de amparo interpuestas ha crecido constantemente hasta alcanzar cifras del orden de los diez, once y en el último año casi doce mil recursos. Y que la posibilidad de introducción de limitaciones a la facultad de demandar la tutela del intérprete último de la Constitución no tendría que traducirse en la ineficacia de los derechos fundamentales o de las libertades públicas consagradas en ella es consecuencia obligada, tanto de la tajante disposición establecida en su artículo 53.1, a cuyo tenor los indicados derechos y libertades «*vinculan a todos los poderes públicos*», y por tanto a los Jueces y Tribunales, a los que el artículo 24.1 encomienda su *tutela efectiva* en todo tipo de procesos, cuanto de la específica previsión incluida en el artículo 53.2, a cuyo tenor «*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad*». A los órganos que integran el Poder Judicial es a los que, consiguientemente, la Constitución atribuye en primera y prioritaria línea la tutela de los derechos



fundamentales y de las libertades públicas, y sólo cuando no se haya obtenido de ellos la protección o reparación que deben dispensar, esto es, con carácter subsidiario y «en los casos y forma que la ley establezca»¹⁶⁵, resultará procedente demandar el amparo de la Jurisdicción constitucional.

De conformidad con este principio la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha configurado el recurso de amparo como un remedio procesal último, sólo utilizable frente a las violaciones de derechos fundamentales o libertades públicas que tengan su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales, tras haber agotado todos los medios de impugnación de dichos actos u omisiones previstos al respecto por las normas procesales¹⁶⁶, o ante las vulneraciones de los derechos fundamentales o las libertades públicas por parte de otros Poderes Públicos, o de sus funcionarios o agentes, en el caso de éstas que no hayan obtenido la debida reparación en vía judicial¹⁶⁷ (a los efectos que aquí interesan no reviste especial significación la posibilidad de demandar la tutela del Tribunal Constitucional¹⁶⁸ frente a «las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»).

b) La afirmación efectiva en la vida jurídica de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a través de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional al resolver recursos de amparo.

¹⁶⁵ Según, como antes se ha indicado, previene el artículo 161.1.b) de la *Lex legum*.

¹⁶⁶ Artículos 41.2 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁶⁷ Artículos 41.2 y 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁶⁸ Conforme a lo establecido en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.



Pese a su configuración subsidiaria o supletoria respecto de la actuación de los Jueces y Tribunales ordinarios, a los que, conforme queda indicado, en la concepción finalmente acogida por el constituyente y en la concreción del sistema estatuida por el legislador corresponde en principio velar por la efectividad de los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce y consagra, el contenido de tales derechos y libertades, así como su valor esencial en cuanto elementos vertebradores e informadores del Ordenamiento jurídico, ha sido establecido en muy gran, sin reserva alguna puede afirmarse que decisiva, medida por la doctrina afirmada en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la admisión o inadmisión de los recursos de amparo interpuestos, la resolución de las incidencias surgidas durante su tramitación (especialmente al pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión de las decisiones judiciales residenciadas ante él) y el otorgamiento o la denegación de los amparos demandados. La vinculación de los Jueces y Tribunales ordinarios a la doctrina del intérprete último de la Constitución aparece inequívocamente proclamada en la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶⁹, que la refiere a las resoluciones dictadas «*en todo tipo de procesos*» por el Tribunal Constitucional.

Debe advertirse que la definición por este órgano jurisdiccional del alcance y el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas se conecta con la significación constitucional de aquéllos y de éstas, con independencia o por encima de lo que sobre unos y otras dispongan las leyes, puesto que las normas legales «*en todo caso deberá[n] respetar [el] contenido esencial*» de dichos derechos y libertades¹⁷⁰, y las regulaciones que en ellas se establezcan se encuentran sometidas al control que, cuando

¹⁶⁹ Artículo 5.1.

¹⁷⁰ Conforme terminantemente prescribe el artículo 53.1 de la Constitución.



así resulte procedente, habrá de efectuar el órgano instituido precisamente a tal fin.

c) La incidencia de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre los pronunciamientos de los órganos de la Jurisdicción ordinaria. Desencuentros y fricciones.

En los términos expuestos, las funciones propias de la Jurisdicción constitucional y las correspondientes a la Jurisdicción ordinaria se encuentran delimitadas con una lógica institucional clara y precisa, cuyo recto entendimiento parece que habría de conducir a excluir la apertura de conflictos o enfrentamientos entre los órganos a los que resulta atribuido el ejercicio de la una y de la otra.

Pero, pese a la lógica o racionalidad del sistema, la configuración del recurso de amparo como remedio procesal subsidiario, precisamente establecido para reparar las vulneraciones de derechos fundamentales o de libertades públicas que tengan su origen en actos u omisiones de los Jueces o de los Tribunales que integran el Poder Judicial, o que, habiendo sido inicialmente causadas por un deficiente funcionamiento de alguna de las Administraciones Públicas o de sus funcionarios o agentes no hayan sido reparadas judicialmente, ha conducido en la práctica (en la vida real) a desencuentros y, en casos extremos, al planteamiento de algunos significativos conflictos con el Tribunal Constitucional por parte de los órganos de la Jurisdicción ordinaria, destacadamente por el Tribunal Supremo, cuya jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional y que, «*salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*», «*es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes*»¹⁷¹.

¹⁷¹ Como precisa el artículo 123.1 de la Constitución.



d) Previsiones constitucionales y legales para reducir los puntos de fricción entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción constitucional. La paradójica conflictividad generada por la terminología utilizada por el Tribunal Constitucional en la formulación del estricto canon seguido en su enjuiciamiento de las posibles vulneraciones *in procedendo* por las resoluciones judiciales frente a las que se reclame su amparo.

Pese a la repercusión que en los medios de comunicación social y en extendidos sectores de la opinión pública hayan alcanzado en ciertas ocasiones los desencuentros o conflictos entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción constitucional, las relaciones institucionales entre una y otra se han desarrollado y se desarrollan en términos respetuosos con las previsiones establecidas al respecto en la Constitución y en las leyes, sin que aquellas fricciones hayan proyectado en la práctica consecuencias o efectos de cualquier género sobre los ciudadanos o, en general, sobre las partes implicadas en los procedimientos respecto de los cuales se hayan demandado o hayan recaído pronunciamientos de ambas jurisdicciones.

A ello han contribuido, en no pequeña medida, de una parte la propia configuración del recurso de amparo, su carácter subsidiario a la tutela que están llamados a dispensar, en primer y preferente término, los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, y de otra la resuelta afirmación por el Tribunal Constitucional de la existencia y operatividad de una presunción de legitimidad, no sólo de las normas promulgadas por el legislador democrático, sino también de los actos de todos los Poderes Públicos¹⁷²; singularmente de las resoluciones dictadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional. De conformidad con estas ideas la constante praxis del órgano superior «*en materia de garantías constitucionales*» es muy estricta en la

¹⁷² Véanse al efecto, entre otras muchas resoluciones, la Sentencia 66/1985, de 23 de mayo, fundamento jurídico 3, y el Auto 435/2006, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 1.



exigencia a quienes demandan su amparo del levantamiento de la carga de argumentar¹⁷³ y, al menos inicialmente, acreditar o fundamentar la posible existencia de las vulneraciones constitucionales frente a las que interponen sus recursos.

También es un factor esencial en la articulación de un sistema que define con precisión los ámbitos propios de las funciones atribuidas a los diferentes órganos jurisdiccionales, con la consecuencia de precaver el planteamiento de disfuncionales y siempre indeseables enfrentamientos entre éstos, el distanciamiento que debe observar el Tribunal Constitucional al resolver los recursos de amparo respecto a «los hechos»¹⁷⁴, de los que «en ningún caso entrará a conocer»¹⁷⁵ y cuyo establecimiento y valoración por los órganos de la Jurisdicción ordinaria sólo enjuicia, excepcionalmente, cuando los Jueces o Tribunales hayan incurrido en errores patentes¹⁷⁶ o hayan efectuado inferencias sustentadas en indicios débiles o no concluyentes, que resulten manifiestamente irrazonables o sean contrarias a los valores y principios constitucionales¹⁷⁷.

¹⁷³ Véase, por todas, Sentencia 135/2004, de 5 de agosto, fundamento jurídico 3.

¹⁷⁴ De conformidad con lo establecido al respecto por el artículo 44.1.b), *in fine*, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁷⁵ «En el examen de la vulneración de los derechos fundamentales [el] Tribunal Constitucional no entrará a conocer «de los hechos que dieron lugar al proceso» en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo» (Sentencia 2/2003, de 16 de enero, fundamento jurídico 5).

¹⁷⁶ Como, entre otras muchas ocasiones, se apreció en los casos enjuiciados en las Sentencias 64/2006, de 27 de febrero, 157/2006, de 22 de mayo, 192/2006, de 19 de junio, o 362/2006, de 18 de diciembre.

¹⁷⁷ Véanse, *ad exemplum*, las apreciaciones efectuadas al efecto en las Sentencias 283/1994, de 24 de octubre, fundamento jurídico 4.B), 24/1997, de 11 de febrero, fundamento jurídico 4, 45/1997, de 11 de marzo, fundamento jurídico 6, 157/1998, de 13 de julio, fundamento jurídico 3, 17/2002, de 28 de enero, fundamentos jurídicos 3 a 6 (etc.).



Asimismo contribuyen a prevenir las dificultades que pudieran surgir en la coincidencia en el enjuiciamiento de unas mismas causas los criterios seguidos, conforme a su constante doctrina, por el Tribunal Constitucional al resolver sobre las solicitudes de suspensión de los efectos de las resoluciones de los Jueces y Tribunales ordinarios. Dicha suspensión, que no es consecuencia automática de la interposición de un recurso de amparo¹⁷⁸, sólo se acuerda total o parcialmente «cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados [hubiera de producir] un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad» y «siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona»¹⁷⁹.

Y, desde luego, es esencial en el conjunto de previsiones ordenadas a reducir las posibilidades de generación de antagonismos o de disensiones con los Jueces y Tribunales ordinarios el escrupuloso respeto por parte del Tribunal Constitucional del mandato de abstenerse «de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales»¹⁸⁰ cuando deba declarar que, en un caso concreto, se han vulnerado derechos fundamentales o libertades públicas por una resolución judicial, o que ésta no ha reparado la vulneración apreciada, y consiguientemente haya de acordar lo que resulte procedente para la preservación o el restablecimiento en la integridad de su derecho o libertad al recurrente en amparo.

Ahora bien, la susceptibilidad que en algunas ocasiones se encuentra en la base de los desencuentros o de los conflictos planteados frente al Tribunal Constitucional por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios ha podido quizá verse potenciada, paradójicamente, como consecuencia de los esfuer-

¹⁷⁸ Tal y como prevé el artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁷⁹ Artículo 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁸⁰ Artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.



zos realizados por aquél para extremar el carácter subsidiario del recurso de amparo. En efecto, a tal fin el intérprete último de la Constitución ha restringido su control de las posibles vulneraciones *in procedendo* de los órganos de la Jurisdicción ordinaria (esencialmente denunciadas mediante la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la *Lex legum*) aplicando un canon estricto: el de la arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente (error patente fáctico o sobre los hechos, no yerro o desacierto en la interpretación de las normas jurídicas) de la resolución sometida a su enjuiciamiento. Y precisamente el empleo de estas expresiones, con las que se quiere reducir el alcance del control asumido frente a las actuaciones de los órganos del Poder Judicial, es el que se ha entendido por algunos y en ciertos casos ofensivo, al estimar que parecería atribuir desconsideradamente unos gravísimos vicios a aquellas actuaciones que quedarían así descalificadas ante la opinión pública en términos inasumibles.

e) Autocontención o *self-restraint* de la Jurisdicción constitucional.

En la búsqueda de la necesaria armonía con los Jueces y Tribunales ordinarios en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional observa consciente y constantemente un decidido *self-restraint* respecto al enjuiciamiento de la interpretación de las normas infraconstitucionales efectuada por aquéllos y, especialmente, por el Tribunal Supremo.

A este respecto debe resaltarse el significado de la afirmación por el intérprete último de la Constitución de que el sistema de recursos contra las resoluciones judiciales, con la única excepción de los que deben necesariamente conceptuarse susceptibles de utilización en el orden penal (en el que todo declarado culpable de un delito tiene «derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo



*prescrito por la ley»*¹⁸¹), ha de ser considerado desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁸² en los términos establecidos por la interpretación judicial de las correspondientes normas procesales, siempre que tal interpretación no resulte arbitraria o irrazonable¹⁸³. O el dato de que la apreciación de las vulneraciones del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley¹⁸⁴ se somete por la Jurisdicción constitucional a rigurosos condicionamientos, con la doble finalidad de, por una parte, salvaguardar la efectiva vigencia del principio de independencia judicial¹⁸⁵ y, por otra, evitar la petrificación del entendimiento y de la aplicación de las normas que produciría la imposibilidad de que los Jueces y Tribunales revisaran consciente y motivadamente primeros o, en todo caso, precedentes criterios o pronunciamientos¹⁸⁶.

f) La delimitación por el Tribunal Constitucional del alcance de sus fallos.

Ha dedicado también especial cuidado el intérprete último de la Constitución a prevenir posibles conflictos con los órganos de la Jurisdicción ordinaria mediante la delimitación, en términos reduccionistas, del alcance de los

¹⁸¹ Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

¹⁸² Reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española.

¹⁸³ Particularmente significativo al respecto resulta el pronunciamiento efectuado en la Sentencia 37/1995, de 7 de febrero, fundamento jurídico 5.

¹⁸⁴ Que se integra en el contenido esencial del artículo 14, primero de los consagrados en el Capítulo II de la Constitución española al reconocimiento de los derechos y libertades que integran uno de sus núcleos esenciales, en relación al cual establece un régimen especial de desarrollo y al que dispensa una protección singular y reforzada (tal y como resulta de lo establecido en los artículos 53, 81 y 168).

¹⁸⁵ Sobre este extremo véase, por todas, Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, fundamento jurídico 4.

¹⁸⁶ Al respecto véase, entre otros, Auto 211/1988, de 15 de febrero, fundamento jurídico 2.

fallos de las sentencias estimatorias de los recursos de amparo, en los cuales la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas viene acompañada, por regla general (esto es, cuando la vulneración constitucional apreciada se concreta, como sucede en la mayoría de los supuestos sometidos a la Jurisdicción constitucional, en una violación del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸⁷), con la devolución del conocimiento de las correspondientes causas a los Jueces o Tribunales *a quo* para que éstos pronuncien, en términos respetuosos con el derecho fundamental cuya vulneración se ha declarado, las resoluciones que correspondan. Sólo cuando la vulneración constitucional apreciada se refiere a un derecho fundamental sustantivo o a una libertad pública¹⁸⁸, o cuando el desarrollo de las incidencias del proceso hacen que ello pueda entenderse necesario a fin de evitar que la reparación debida a la víctima de la vulneración no sea, en definitiva, sino una reparación ilusoria o de todo punto inadecuada, el Tribunal Constitucional dicta la resolución que resulta procedente para poner fin a la causa¹⁸⁹.

Pero, pese a que voces muy autorizadas, como la del profesor Rubio Llorente, actual Presidente del Consejo de Estado y Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional, han observado que este último órgano jurisdiccional «*ha llevado hasta el límite de lo posible, e incluso quizás un poco más allá, su respeto por jueces y tribunales*» al limitar en los términos que quedan indicados

¹⁸⁷ Denunciada invocando el artículo 24.1 de la Constitución.

¹⁸⁸ Así, *ad exemplum*, en el caso resuelto en la Sentencia 247/2006, de 24 de julio, que reitera una orientación constante en la *praxis* de la Jurisdicción constitucional.

¹⁸⁹ De conformidad con estos planteamientos, en la Sentencia 186/2001, de 17 de septiembre (fundamento jurídico 9), se precisó que, «*habiéndose ya pronunciado por dos veces al respecto el órgano judicial frente a cuyo último pronunciamiento se nos demanda amparo, el pleno restablecimiento del derecho [vulnerado] exige aquí, en función de las concretas características del caso, excluir [la devolución de las actuaciones al órgano judicial para que éste efectúe un nuevo pronunciamiento] con el objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles al resultar remitida a un proceso que puede prolongarse indefinidamente y que, en consecuencia, por su misma duración, podría hacer ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado*».



la incidencia de sus pronunciamientos sobre los procesos conocidos por los órganos del Poder Judicial, precisamente con relación a esta cuestión es donde quizá con mayor fuerza o en términos más ásperos se han exteriorizado algunos significativos desencuentros o fricciones protagonizados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sumariamente reseñados en las respuestas de la Delegación española al cuestionario general remitido a los miembros de la Conferencia sobre las relaciones entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria.

g) La redefinición de la procedencia del recurso de amparo y la reafirmación de la Jurisdicción constitucional.

Sin duda, junto a otras razones a las que expresamente se hace referencia en el Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, la existencia de dichas situaciones potencialmente conflictivas ha dado lugar a que el legislador haya apreciado la necesidad de introducir algunas reformas o precisiones en la normativa que, junto a las prescripciones constitucionales, regula la actuación de dicho órgano jurisdiccional (que, como ha sido ya resaltado, «*es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a [su] Ley Orgánica*»¹⁹⁰).

Entre las reformas introducidas, destaca el Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007: de una parte, la nueva regulación del *incidente de nulidad de actuaciones* en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificación normativa que atribuye a los Jueces y Tribunales ordinarios la posibilidad de reparar todas las vulneraciones de «*los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*»¹⁹¹; de otra, la inversión del juicio a realizar en

¹⁹⁰ Tal y como proclama el artículo 1.1 de esta última.

¹⁹¹ Y no sólo, como con carácter excesivamente reduccionista venía hasta el momento establecido, la de reaccionar frente a las infracciones formales causantes de «*indefensión*» o en aquellos casos en los cuales resultase apreciable una «*incongruencia del fallo*».



el trámite de admisión de los recursos de amparo, en el cual «se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado», imponiéndose al efecto al recurrente la carga de «alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución».

Con ello, haciendo uso de la habilitación establecida al efecto en los artículos 161.1.b) y 53.2 de la *Lex legum* española, se ha atribuido al Tribunal Constitucional la facultad de apreciar en qué casos los recursos de amparo deducidos ante él proponen cuestiones que deben merecer una respuesta del intérprete último de la Constitución, lo que, aun cuando en correcto rigor lógico o en buena técnica jurídica no resulta asimilable al *certiorari* del que se encuentra investido el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica para resolver sobre la admisión o el rechazo de los recursos que ante él se presentan, sí le permite, en virtud de la que cabría calificar de *fórmula o solución de corte continental* (por contraposición a las concepciones de raíces o inspiración anglosajonas), valorar la relevancia del contenido de los temas que se le proponen, atendiendo «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales»¹⁹².

Y, al mismo tiempo, la Ley Orgánica 6/2007 ha reafirmado la preeminencia de la Jurisdicción constitucional, al adicionar a la tradicional regla de que «en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional» la consecuencia de que éste «delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la

¹⁹² Como precisa el artículo 50.1.b), *in fine*, de la reformada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.



declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben» (lo que, cuando así se requiera, habrá de acordarse *«en defensa de la jurisdicción del Tribunal»* por el Pleno, *«motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución»*), y al establecer el principio esencial de que sus propias resoluciones *«no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado»*¹⁹³.

¹⁹³ Artículos 4, apartados 1, 3 y 2, y 10.1.h) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la reforma de 24 de mayo de 2007.



Resumen de respuestas al cuestionario preparatorio de la Conferencia



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

Resumen de respuestas al Cuestionario preparatorio de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional¹⁹⁴

Sumario: I. El funcionamiento del sistema.— II. Relación entre la Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria.

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

183

1. **Cómo se articulan las jurisdicciones ordinaria y constitucional. El lugar que ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial en el cual no existe una Jurisdicción constitucional especializada.**

Al examinar la articulación entre la Jurisdicción ordinaria y la constitucional debemos precisar que, de una parte, hay países que cuentan con Tri-

¹⁹⁴ Este documento ha sido elaborado por la Secretaría Permanente de la CIJC, con la colaboración de William Josué Ayala Baldelomar, Pilar Betrián Cerdán, M.^a José Fernández Ostolaza, José Alfonso Herrera García, Ana Isabel Marín Rodríguez, Raquel Oyana Okenve Ramos, Viviana Salgueiro Fernández y Joaquín Sarrión Esteve, analistas de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.



bunales o Cortes Constitucionales¹⁹⁵, y, de otra, unos que no han incorporado en sus ordenamientos jurídicos esta institución constitucional¹⁹⁶. Junto a éstos, con cierto carácter de *tertium genus*, algunos Estados individualizan en el seno de sus Tribunales Supremos o Supremas Cortes una Sala de lo Constitucional¹⁹⁷.

En correspondencia con esta ordenación orgánica se encuentra la distribución de las funciones de control, siendo minoritario el modelo de Jurisdicción constitucional difusa *stricto sensu*¹⁹⁸ y predominando los ordenamientos que, sobre la base de un modelo concentrado, conjugan componentes que brindan al conjunto un cierto grado de «difusión».

En cuanto al primer grupo, en los países donde se ha creado un Tribunal Constitucional, éste se ha separado del Poder Judicial (a excepción de Bolivia, donde formalmente se integra como parte del mismo). Las relaciones que mantiene el Tribunal Constitucional con el Poder Judicial son de tipo competencial y derivan, por un lado, de su función de control constitucional, que se extiende a las resoluciones judiciales, y por otro, de la posibilidad que se atribuye a los jueces ordinarios de elevar cuestiones constitucionales. Sin embargo, en algunos casos hay también una relación de tipo orgánico al participar las Cortes Supremas en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional¹⁹⁹.

Respecto al segundo grupo, en los países donde no hay ni tribunal ni una sala especializada en el control constitucional, éste se atribuye de forma exclu-

¹⁹⁵ Andorra, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú y Portugal.

¹⁹⁶ Argentina, Brasil, República Dominicana, México, Panamá y Puerto Rico y Uruguay.

¹⁹⁷ Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

¹⁹⁸ Argentina, El Salvador, Panamá y Puerto Rico.

¹⁹⁹ Colombia, Chile y Ecuador.

siva a la Corte o Tribunal Supremo en unos casos²⁰⁰, y en otros se establece un control difuso atribuyendo la última instancia a la Corte Suprema²⁰¹, o incluso reservándole los recursos de inconstitucionalidad²⁰².

Finalmente, en los países donde se ha atribuido el control constitucional a una Sala especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia encontramos dos subgrupos: en algunos países hay un control difuso por parte de los jueces ordinarios²⁰³; en otros se dota a los jueces ordinarios de la posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad²⁰⁴. Como caso paradigmático está El Salvador donde el Presidente de la Corte Suprema es miembro y Presidente de la Sala de lo Constitucional.

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

185

En los países con un sistema de justicia constitucional concentrada, el control de constitucionalidad recae en un órgano específico, el *Tribunal Constitucional*²⁰⁵; o bien en una sala del máximo órgano judicial (Sala Constitucional)²⁰⁶.

²⁰⁰ Brasil, Uruguay y México. En el caso de México hay una excepción y es la configuración de un Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que controla la constitucionalidad y legalidad de los actos electorales federales sin posibilidad de ulterior recurso.

²⁰¹ Argentina y Puerto Rico.

²⁰² República Dominicana.

²⁰³ Honduras y Venezuela.

²⁰⁴ Como es el caso de Costa Rica.

²⁰⁵ Como es el caso de Andorra, Bolivia, Chile (que cuenta con un órgano específico de control desde la reforma constitucional operada en agosto de 2005) y España.

²⁰⁶ Como ocurre en Costa Rica, Paraguay o Venezuela.



Tanto en un caso como en otro, el juez ordinario ante una norma de dudosa constitucionalidad tiene el deber de cuestionar la validez de esta norma ante el órgano o sala encargado de efectuar el control de constitucionalidad. En Andorra y España si la norma que incurre en vicio de constitucionalidad tiene un rango inferior al de la ley o es anterior a la Constitución, el juez ordinario puede dejar de aplicarla. Al cuestionarse la validez de la norma, la declaración de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, surte efectos *erga omnes*.

En los países que optan por un modelo de control difuso, el juez ordinario no aplicará la norma que resulte contraria a la Constitución al caso concreto, por lo que su apreciación surte efectos *inter partes*.

Mayor complejidad encierra el modelo de control mixto, ya que al tiempo que existe un órgano que desarrolla funciones de control de tipo abstracto y concentrado con efectos *erga omnes*, el juez ordinario realiza un examen incidental y difuso, por el que puede dejar de aplicar una norma contraria a la Constitución, que surte efectos *inter partes*. Dentro de estos países es necesario hacer una puntualización en tres casos: México, Honduras y Portugal.

En el caso de México, al margen del control abstracto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley y dejar de aplicarla a un caso concreto, facultad de la que también gozan los tribunales y juzgados federales de amparo.

Por su parte, en Honduras, en materia de hábeas corpus y amparo, la Jurisdicción constitucional responde a las características de un sistema difuso. Las acciones en tales ámbitos se conocen, de acuerdo a la competencia territorial y de grado que se tenga, por la Sala de lo Constitucional y por los tribunales ordinarios.

Por último, en el caso de Portugal, ante la desaplicación de una norma por el juez ordinario cabe la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional.

Con independencia del modelo de control que se adopte, se coincide en la necesidad de hacer una interpretación de la norma acorde con la Constitución antes de cuestionar la validez o aplicabilidad de la misma.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes o de otras normas ante el órgano de justicia constitucional?

En el caso de países que cuentan con un órgano de control de constitucionalidad de tipo concentrado, es decir, aquellos que poseen en su entramado institucional una Corte, Tribunal²⁰⁷ o una sala dentro de la Corte Suprema especializada en esta materia, cuya competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma es ostentada de un modo exclusivo²⁰⁸, los jueces y tribunales ordinarios se ven en la obligación de presentar dudas acerca de la contradicción que una norma pueda presentar respecto del articulado de la Constitución.

Se arbitran así mecanismos como la cuestión de inconstitucionalidad o mecanismos de consulta, que en algunos casos pueden ser presentados tanto de oficio como de parte²⁰⁹ y que en otros se trata de una potestad que ostenta en exclusiva el Poder Judicial²¹⁰ (tanto es así que, por ejemplo, en España, la

²⁰⁷ Andorra, Bolivia, Chile, Ecuador, España.

²⁰⁸ Costa Rica, El Salvador, Honduras, Uruguay, Paraguay.

²⁰⁹ Bolivia y Chile.

²¹⁰ Andorra, Costa Rica, España, Honduras y Paraguay.



solicitud de las partes que en el proceso *a quo* puedan estar interesadas en el planteamiento de la cuestión no vincula al órgano judicial, sin que ello suponga una vulneración de las garantías mínimas del proceso o de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva).

Estas dudas suelen ser planteadas por lo general respecto de disposiciones con rango de ley, aunque hay países, como Bolivia, en los que también cabe la impugnación de normas de carácter reglamentario.

Los casos en los que se presenta la imposibilidad de plantear dudas acerca de la constitucionalidad de una norma ante un órgano especializado, obedecen generalmente al hecho de que los jueces y tribunales han de llevar a cabo un control difuso o incidental, esto es, les corresponde a ellos un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una norma²¹¹. Así, por ejemplo, en Colombia, cuando el juez de la causa considera que la norma aplicable al caso concreto es inconstitucional, puede inaplicarla a través de la excepción de inconstitucionalidad. Si no está frente a tal eventualidad, el juez debe aplicar la norma.

En el caso de Perú, se presenta un mecanismo mixto de control, donde la imposibilidad de plantear dudas acerca de la constitucionalidad de una norma no radica tanto en la ausencia de un órgano específico al que se le encomiende esta tarea, sino en la falta de previsión de un procedimiento o mecanismo en el ordenamiento. En el caso de Portugal, los tribunales ordinarios no están legitimados para plantear dudas sobre la constitucionalidad de las normas, puesto que son ellos los encargados de decidir si las normas se ajustan o no a la Constitución. No obstante, existen vías de recurso, para el Ministerio Fiscal, en todo caso, y para quienes hayan sido parte en el proceso, en el supuesto de que se haya dado aplicación a una norma cuya consti-

²¹¹ Como ocurre en Argentina, Brasil, Colombia, Puerto Rico, República Dominicana, Venezuela.



tucionalidad haya sido puesta en cuestión en el proceso ordinario, posibilitando que el Tribunal Constitucional revise las decisiones de los tribunales ordinarios.

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el órgano de justicia constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)?

Lo primero que debe distinguirse en los ordenamientos que integran la comunidad iberoamericana es si en ellos se establece una competencia para impugnar sentencias o decisiones judiciales ante el Tribunal, Corte o Sala Constitucional, o Corte Suprema o Tribunal Supremo con funciones análogas. Hay un grupo de países en los que, en principio, no se prevé semejante función²¹². En consecuencia, de los ordenamientos de estas naciones ninguna otra consideración corresponde hacer en este apartado.

De muy variadas maneras, más o menos amplias, en el resto de los países esa posibilidad competencial está reconocida en sus respectivos ordenamientos jurídicos²¹³. Cada uno de estos sistemas ofrece un esquema particular. Con todo, puede intentarse la identificación de elementos institucionales que llegan a ser comunes a algunos de ellos.

²¹² Dentro de este grupo se encuentran Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Uruguay. En lo que respecta a Uruguay, debe anotarse que la inconstitucionalidad de una disposición aplicada puede ser esgrimida como agravio de un recurso de apelación o de casación, siempre y cuando la Suprema Corte haya declarado previamente la inconstitucionalidad de tal disposición.

²¹³ Se trata de los sistemas de Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, España, Honduras, México, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico y Venezuela.



Debe tenerse presente que los caracteres de la articulación de los órganos que realizan la Jurisdicción constitucional, respecto de los tribunales con Jurisdicción ordinaria, se encuentran directamente condicionados por el modelo que en líneas generales caracteriza a cada sistema constitucional. En lo que sigue se tratará de destacar, en la medida de lo posible, los caracteres que resultan de alguna manera compartidos por algunos de dichos sistemas.

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

Desde una perspectiva terminológica, el «amparo» es el nombre del instrumento con el que la mayoría de los ordenamientos denominan al recurso o acción por medio del cual se impugnan las decisiones judiciales ante la Jurisdicción constitucional. De los quince sistemas en donde se reconoce esta competencia, en ocho la denominación «amparo» sirve para designar al menos uno de los medios que el sistema destina a este fin²¹⁴. El recurso o acción de hábeas corpus cumple también semejante función en cuatro ordenamientos²¹⁵. Mediante un denominado «acción» o «recurso» de «constitucionalidad» o de «inconstitucionalidad» se realiza esta competencia en tres países²¹⁶. «Recurso extraordinario» es una expresión utilizada para ese medio de impugnación en dos naciones²¹⁷, y «apelación», también en dos²¹⁸.

El resto de los recursos que también sirven como vía para revisar las decisiones judiciales por el órgano de la justicia constitucional se llaman: «recurso

²¹⁴ Andorra, Bolivia, El Salvador, España, Honduras, México, Perú y Venezuela.

²¹⁵ Bolivia, El Salvador, Honduras y Perú.

²¹⁶ Chile (en donde precisamente se denomina: «acción de inconstitucionalidad»), Paraguay y Argentina.

²¹⁷ Argentina y Brasil.

²¹⁸ Argentina (en donde su nombre específico es: «apelación ordinaria») y Puerto Rico.



directo de nulidad» (Bolivia), «acción de tutela» (Colombia), «reclamación» (Brasil), «recurso de *certiorari*» (Puerto Rico), y «revisión constitucional» (Venezuela). En Portugal, un «recurso incidental de constitucionalidad» opera en ciertos casos de un modo tal que prácticamente permite la revisión de decisiones judiciales.

El escenario de los recursos mediante los cuales las sentencias o decisiones judiciales son recurribles ante la Jurisdicción constitucional puede organizarse en tres conjuntos de países. En el primero se ubican los ordenamientos que prevén un solo recurso²¹⁹. En el segundo grupo se encuentran los sistemas que prevén dos recursos mediante los cuales es posible la revisión de las decisiones judiciales²²⁰. Finalmente, Bolivia tiene un sistema que prevé tres recursos para hacer posible esa clase de impugnación ante la Jurisdicción constitucional.

4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?

En este tema, el escenario es también muy variado. Sin embargo, existen elementos que están presentes en un número mayoritario de sistemas que merecen destacarse. En la mayoría de los países miembros de la Conferencia en los que se admite esta competencia, el cometido de la revisión de sentencias o decisiones judiciales es el de la protección o defensa de los derechos «fundamentales» o «constitucionales»²²¹, llamados también derechos «sustantivos» (en El Salvador), «garantías individuales» (en México) o «derechos legítimos» (en Paraguay).

²¹⁹ Dentro del cual están siete países: Andorra, Chile, Colombia, España, México, Paraguay y Portugal.

²²⁰ Se trata de otros siete países: Argentina, Brasil, El Salvador, Honduras, Perú, Puerto Rico y Venezuela.

²²¹ Andorra, Bolivia, Chile, Colombia, España, Honduras, Puerto Rico y Venezuela.



En algunos sistemas se hace expreso énfasis en la tutela que han de merecer los derechos al debido proceso²²², el acceso a la justicia²²³ o «que afectan la defensa del quejoso»²²⁴. Mientras que en algunos otros se amplía explícitamente el objeto de la protección también a los precedentes generados por el órgano de la Jurisdicción constitucional sobre esos derechos. En este sentido, se estipula que la impugnación constitucional procede también contra decisiones que desconocen o se apartan del alcance que del derecho fundamental han fijado las sentencias pronunciadas por ese órgano²²⁵.

Otro elemento que por lo común está presente es el carácter excepcional de la procedencia de la impugnación. La protección que supone la Jurisdicción constitucional frente a las decisiones judiciales es, con frecuencia, una protección restringida²²⁶ y, en algún caso, hasta discrecional como ocurre con la «revisión constitucional» en Venezuela. Por lo cual, en virtud de la competencia subsidiaria del órgano de la Jurisdicción constitucional, ésta sólo puede surtirse frente a sentencias o resoluciones judiciales «definitivas» o «firmes»²²⁷.

A partir de este esquema general, algunas particularidades son destacables. En España, tras la reciente reforma a la ley orgánica del Tribunal Constitucional LOTC (mayo de 2007)²²⁸, se dispone que sólo es admisible el recurso si se justifica una decisión sobre el fondo «en razón de su especial

²²² Colombia, El Salvador y Perú.

²²³ Colombia y Perú.

²²⁴ México.

²²⁵ Colombia y Venezuela.

²²⁶ Andorra, Colombia y España.

²²⁷ Así, expresamente en Argentina, Brasil, México, Perú y Venezuela.

²²⁸ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 5 de octubre de 1979, núm. 239) conforme a la última reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (BOE de 25 de mayo de 2007, núm. 125).



trascendencia constitucional», la cual se ha de apreciar «atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

En Andorra, como existe un procedimiento «urgente y preferente» para la protección de los derechos fundamentales ante la Jurisdicción ordinaria, el amparo procede contra la segunda sentencia dictada en ese procedimiento. En ese mismo país, si se produce una violación al art. 10 de la Constitución (lesión de carácter jurisdiccional fuera del procedimiento «urgente y preferente»), la persona afectada puede interponer directamente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Razones por las cuales procede la impugnación

En términos generales, es procedente la impugnación ante la Jurisdicción constitucional en contra de sentencias o resoluciones judiciales que carecen de fundamentación jurídica o apoyo legal. En algunos sistemas se condiciona la procedencia a que las decisiones sean «arbitrarias» o, inclusive, que lo sea la interpretación que en ellas se ha hecho de la legalidad ordinaria²²⁹. En otros casos, las decisiones también se pueden recurrir si presentan motivación insuficiente o irrazonable (como en Bolivia) o si adolecen de «fundamentación fáctica» (Colombia).

Por su particularidad, algunas causas de la impugnación son de compleja sistematización. Tales causas obedecen a diversos factores como son, por ejemplo, el tipo de control de la constitucionalidad que opere, o incluso el propio modelo político-constitucional del Estado. Algunas de las causales se han establecido de un modo abstracto, mientras que otras atienden a motivos más o

²²⁹ Argentina y Bolivia.



menos concretos. Así, pueden contarse como sentencias, resoluciones o decisiones judiciales recurribles ante la Jurisdicción constitucional aquellas que:

- a) sean contrarias al orden jurídico (Colombia);
- b) vulneren principios, valores y «garantías constitucionales» (Bolivia) o violen «principios jurídicos fundamentales» contenidos en la Constitución, tratados, pactos o convenios internacionales ratificados por el Estado (Venezuela);
- c) sean contrarias a, o violatorias de, normas de la Constitución (federal, en Brasil; Colombia) o se fundamenten en ley, decreto, reglamento u otro acto normativo contrario a la Constitución (Paraguay);
- d) declaren la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal (Argentina, Brasil);
- e) rechacen la aplicación de una norma con fundamento en su inconstitucionalidad, o bien que sean decisiones que apliquen una norma considerada inconstitucional por las partes del proceso (Portugal);
- f) juzguen válida una ley o acto de gobierno locales frente a la Constitución federal (Argentina, Brasil), o que juzguen válida una ley local frente a una ley federal (Brasil);
- g) estén sustentadas en una disposición «claramente inaplicable al caso concreto» (Colombia)²³⁰;
- h) se pronuncien en ejercicio de atribuciones que no competen al tribunal ordinario que las emitió (Bolivia, Colombia, Venezuela; en Bra-

²³⁰ En el ordenamiento colombiano se dice que una disposición es «claramente inaplicable al caso» cuando: *a)* se aplica una norma inexistente; *b)* la norma aplicada haya sido derogada o declarada inexecutable; *c)* la aplicación de la norma resulta inconstitucional, y *d)* se aplica una norma que es incompatible con la materia «objeto de definición judicial».



sil, a través de la *reclamación* si se ejercen competencias o se contrarían decisiones del Tribunal Supremo Federal);

- i) se pronuncien fuera del plazo legal («recurso directo de nulidad» en Bolivia);
- j) se aparten «abiertamente y sin justificación válida» de la normatividad procesal aplicable al caso concreto, o sean decisiones que se tomen con base en una «equivocada percepción de la realidad procesal atribuible a hechos o situaciones jurídicas realizadas por terceros» (Colombia);
- k) presenten «omisiones o desaciertos de gravedad extrema» (Argentina), o que hayan sido dictadas como consecuencia de un «error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación» o con abuso de autoridad (Venezuela); o de las que se aprecie un «error manifiesto, o de clara arbitrariedad o perjuicio» (Puerto Rico);
- l) estén «fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces» (vía «recurso extraordinario», Argentina), o si la discrecionalidad interpretativa de la decisión «se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales» (Colombia);
- m) presenten «fallas estructurales» en la decisión que sean atribuibles a deficiencias probatorias en el proceso: falta de práctica y decreto de pruebas, errada interpretación de pruebas, valoración de pruebas «nulas de pleno derecho» o «inconducentes» al caso concreto (Colombia);
- n) simplemente, sean adversas a la parte afectada (control difuso de Puerto Rico).

Con respecto al objeto de impugnación del *habeas corpus* que está instituido en algunos ordenamientos, corresponde decir que este medio de control



procede cuando se afecta la libertad individual de una persona, al encontrarse privada de ella²³¹. También es susceptible de presentarse contra resoluciones judiciales que disponen sobre medidas cautelares de carácter personal dentro de un proceso penal cuando:

- a) carecen de fundamentación o tienen motivación insuficiente o irrazonable,
- b) causan indefensión por no haber sido notificada legalmente la resolución (como en el caso de Bolivia).

También procede contra sentencias, autos de vista o «autos supremos» pronunciados en procesos penales, cuando la condena de privación de la libertad surge de un proceso indebido que ha supuesto al recurrente estado de «indefensión absoluta», como ocurre en Bolivia.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

La regulación procesal del recurso es, seguramente, el campo en que mayor diversidad se aprecia en cuanto a las peculiaridades del control sobre las sentencias y otras decisiones judiciales, pues cada sistema tiene su propio procedimiento, pudiendo notarse algunas similitudes entre algunos países.

¿Quién puede ejercerlo/a?

Lo primero que cabe destacar, en cuanto a la regulación del proceso se refiere, es la coincidencia en los diversos sistemas de la facultad que se

²³¹ Honduras y Perú.



otorga a «las partes»²³² del proceso para pedir el control de las sentencias y otras decisiones judiciales que afecten con sus derechos ante los órganos respectivos –ya sean Tribunales Constitucionales o Tribunales de Justicia donde se aplique el control constitucional sobre las sentencias judiciales–.

Esta facultad para solicitar el control de las sentencias y actos judiciales, en algunos países Iberoamericanos es también otorgada al Ministerio Fiscal o Ministerio Público²³³, pudiendo concluirse de ello el interés que tiene el Estado en la preservación del orden constitucional y del control de constitucionalidad sobre todo acto judicial que contravenga la norma fundamental y de esta forma, tratar de preservar el orden constitucional.

La legitimación para solicitar el control de las sentencias y otras disposiciones judiciales atentatorias al sistema, en algunos casos, se le confiere también al Defensor del Pueblo²³⁴, quien se encuentra facultado para realizar estas acciones.

El conjunto de sujetos con legitimación para instar este tipo de procesos, se amplía en algunos casos en que pueden solicitar el control de las sentencias o actos judiciales personas ajenas al proceso o «terceras personas», esto ocurre especialmente en procesos de *habeas corpus*²³⁵.

²³² Todos los países que respondieron a la pregunta manifestaron la legitimación que se le otorga a las partes –o personas físicas y jurídicas– que puedan ser agraviadas con una sentencia o resolución judicial.

²³³ Expresamente lo manifiestan así países como Andorra, Bolivia, Brasil, Colombia, España y Portugal.

²³⁴ Tal es el caso de Bolivia, Colombia y España.

²³⁵ Facultad que se otorga en algunas legislaciones tales como en Bolivia, Brasil, Colombia, Perú.



¿Contra qué decisiones puede ejercerse?

En términos generales, se ejerce contra «las sentencias y otras decisiones judiciales» que afecten y vulneren derechos fundamentales y garantías constitucionales en un proceso judicial determinado. Las decisiones que pueden recurrirse son de muy diversa naturaleza y características, dependiendo del país y del sistema jurídico.

Algunos ordenamientos son más restrictivos que otros. Esto se aprecia en los sistemas donde se confiere la facultad del control constitucional sobre las sentencias y otras decisiones judiciales en que la «subsidiaridad» es un requisito sine qua non, es decir, que sólo procede el control después de agotar todas las vías posibles correspondientes para tratar de remediar el acto u omisión de la sentencia o decisión judicial que vulnera el derecho²³⁶.

198

¿Cuál es el plazo para ejercerlo/a?

Los plazos establecidos por cada ordenamiento jurídico y, dependiendo del proceso, son diferentes: algunos infieren plazos relativamente cortos como en Andorra, Brasil²³⁷, España²³⁸, Paraguay²³⁹, Perú²⁴⁰ y Portugal²⁴¹;

²³⁶ Sin embargo algunos ordenamientos, como en Bolivia, han establecido una excepción a la subsidiaridad, cuya intención es tratar de evitar o precautar un derecho fundamental contra un daño que de producirse sería irreparable siempre que no exista un medio eficaz o idóneo para la protección «inmediata» de ese derecho –como señalamos, es la excepción y no la regla.

²³⁷ Se impone un término de quince días para estos países.

²³⁸ El plazo es de treinta días a partir de la notificación de la resolución.

²³⁹ El plazo es de nueve días.

²⁴⁰ El plazo es de treinta días.

²⁴¹ El plazo es de diez días.

otros ordenamientos confieren un plazo mayor, como Honduras²⁴². En algunos otros sistemas, aunque no se han establecido los términos correspondientes en sus normas, han aplicado mediante la interpretación y sus propias líneas jurisprudenciales determinados plazos, ya que sus ordenamientos jurídicos prevén simplemente «plazos razonables», por ejemplo Colombia o Bolivia²⁴³, que a través de decisiones jurisprudenciales han determinado que el plazo para ejercer una pretensión mediante un recurso de amparo es de seis meses.

Requisitos especiales de procedibilidad (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)

Dependiendo del tipo de recurso, existen diferentes exigencias, pero sin lugar a dudas el recurso que sobresale en los ordenamientos jurídicos es el recurso de amparo constitucional²⁴⁴ o su análogo en otros ordenamientos²⁴⁵.

La nota común a todos estos ordenamientos es la necesidad de agotamiento de todas las vías correspondientes antes de poder hacer uso de este recurso, es decir, la subsidiariedad.

En otros procedimientos, como el hábeas corpus, los requisitos son variados dependiendo del ordenamiento jurídico. En algunos casos, también se exige el agotamiento de las instancias correspondientes conforme al principio

²⁴² El plazo es de dos meses.

²⁴³ En Bolivia dependiendo del tipo de recurso los plazos varían.

²⁴⁴ Como por ejemplo en Andorra, Bolivia, España, Honduras, México, Paraguay, Perú.

²⁴⁵ En Colombia el recurso de amparo constitucional es la «tutela judicial».



de subsidiaridad²⁴⁶, sin perjuicio de que, en determinadas ocasiones donde se produzca la indefensión absoluta, pueda procederse sin necesidad de agotar ningún otro recurso²⁴⁷.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del órgano de justicia constitucional?*

En el entorno iberoamericano, los efectos que se derivan de las decisiones de los órganos de la justicia constitucional frente a sentencias u otras decisiones judiciales dependen de un considerable conjunto de factores. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta si en cada modelo de justicia constitucional es procedente o no la impugnación de las sentencias o cualesquiera otras decisiones de los tribunales ordinarios. Sólo en aquellos sistemas en donde cabe tal clase de impugnación se pueden determinar los efectos de las decisiones que se desprenden de una competencia que de este tipo tenga el órgano de justicia constitucional²⁴⁸.

En estos países, los efectos de la decisión del órgano que tiene esta última jurisdicción están al menos condicionados por los medios específicos mediante los cuales ese órgano realiza la función de control (que en algunos casos son más de uno).

En términos generales, los efectos deducidos de las decisiones de los órganos de la justicia constitucional que «estiman» la inconstitucionalidad de sentencias u otras decisiones judiciales consiste en lo siguiente:

- a) la declaración de que se ha vulnerado un derecho;

²⁴⁶ Casos de Perú y Bolivia.

²⁴⁷ Caso de Bolivia.

²⁴⁸ Recordemos que entre los países en los que no se prevé semejante competencia se encuentran Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Uruguay.



- b) la anulación de la sentencia o decisión judicial que se recurre, y
- c) la reposición al recurrente en la plenitud del derecho que se ha juzgado conculcado mediante la adopción de medidas que sean necesarias para la conservación del derecho.

Estas consecuencias no han de verificarse necesariamente de manera conjunta.

En ocasiones la finalidad de los medios de tutela frente a las decisiones judiciales se alcanza solamente con el pronunciamiento de *a)*, si el órgano de la Jurisdicción constitucional estima el medio de control. A veces se precisarán pronunciamientos como el de *b)* y/o *c)*. Todo ello depende de las circunstancias que exija cada caso en orden a salvaguardar debidamente el derecho que se encontró lesionado. Más allá de este esquema genérico, pueden apreciarse particularidades inherentes a cada uno de los sistemas, con lo cual se plantean importantes excepciones a ese cuadro general.

Por ejemplo, cuando se trata del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, el Tribunal Constitucional de Andorra puede solamente constatar que se ha producido la violación del derecho pero no declarar la anulación de la decisión impugnada. En México, la Ley de Amparo dispone que si el acto que se reclama es de carácter negativo, el efecto del amparo es el de obligar a la autoridad a que obre en el sentido de respetar el derecho y a cumplir aquello que el mismo exija. En el sistema difuso de control de constitucionalidad de Puerto Rico, se habla no ya de anulación sino de «revocación» de una determinación de inconstitucionalidad que pueden realizar los tribunales de mayor jerarquía respecto del tribunal que la pronuncia.

- a) El organismo de justicia constitucional anula directamente la decisión judicial revisada o además ordena al juez o tribunal ordinario



proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad²⁴⁹.

En muchos sistemas, el órgano de la Jurisdicción constitucional puede decidir la anulación de la decisión judicial que se ha sometido a revisión²⁵⁰. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, puede ordenar también retrotraer las actuaciones del órgano judicial que cometió la vulneración del derecho alegado, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de que hubiere ocurrido el acto que conculcó el derecho. Para ello, el órgano judicial ha de emitir otra decisión de conformidad con las consideraciones o criterios de la sentencia anulatoria dictada por el órgano de la Jurisdicción constitucional²⁵¹. Así, el órgano judicial cuya decisión ha sido anulada debe dictar una nueva decisión al efecto de reponer al recurrente el derecho que ha sido encontrado violado. Debe hacerse notar que en el ordenamiento español, la LOTC expresa que éste debe abstenerse de hacer «cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales» (art. 54). En el sistema argentino, la Corte Suprema de Justicia, al revocar las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia, puede hacer una declaratoria sobre el punto disputado e igualmente devolver la causa a efecto de que sea juzgada nuevamente. En el caso boliviano, cuando el Tribunal Constitucional conoce los «recursos directos de nulidad», el efecto producido es simplemente la anulación de la resolución recurrida. El caso chileno también presenta una particularidad: el efecto de la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional que declara la inconstitu-

²⁴⁹ Esta cuestión no ha sido respondida aisladamente por ninguno de los países encuestados, sino que su respuesta va incluida en la de la pregunta anterior, por ello, las resumimos de forma conjunta.

²⁵⁰ Así ocurre en Andorra, Bolivia, Brasil, El Salvador, España, México, Paraguay, Perú y Venezuela.

²⁵¹ Así ocurre en Andorra, Bolivia, España, Colombia, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela.



cionalidad de los «autos acordados» tiene un efecto derogatorio de éstos, a partir de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja la reclamación. En Honduras, el ordenamiento se refiere no a «anulación» del acto impugnado, sino a su «inaplicabilidad», no obstante, los efectos de esta forma de actuar son prácticamente equivalentes.

El caso portugués es muy peculiar: el Tribunal Constitucional no está habilitado para enjuiciar directamente decisiones judiciales. Sin embargo, el efecto práctico de su competencia de control de normas ha derivado en la revisión de la interpretación que de las normas se hace en las decisiones judiciales. Así, el Tribunal puede revocar la decisión recurrida si disiente de la posición tomada por el órgano judicial en el tema constitucional. Finalmente, la consecuencia producida es muy parecida a la que se produce de forma general en el resto de países, pues el órgano judicial debe modificar su decisión de conformidad con la «compatibilidad» constitucional de la norma aplicada, tal como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional.

- b) El organismo de justicia constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva.

Este supuesto no es el general. En varios países el órgano de la Jurisdicción constitucional está impedido para sustituir al tribunal ordinario a la hora de revisar la decisión²⁵². Hay, sin embargo, sistemas que admiten esta forma de proceder.

La Corte Suprema de Argentina puede resolver sobre el fondo y aun ordenar la ejecución si la causa hubiese sido devuelta por idéntica razón. En Brasil, cuando el Supremo Tribunal Federal resuelve un «recurso extraordinario» o una reclamación «por contradicción de la autoridad de

²⁵² Son los casos de Andorra, España, México, Paraguay, Portugal y, en principio, Venezuela.



sus decisiones», dependiendo de las circunstancias de cada caso, puede terminar el juicio o determinar el juez o tribunal que profiera la nueva decisión. En el caso del «recurso extraordinario» puede, además, adoptar otra decisión en sustitución de la anulada. En el supuesto de la reclamación que se ha citado puede asimismo adoptar otras medidas que juzgue adecuadas para su cumplimiento.

En la experiencia colombiana, la sustitución de la sentencia judicial ocurre de modo excepcional. Cuando la autoridad judicial se ha negado a acatar la decisión del juez de tutela o cuando las circunstancias del caso lo exigen y lo hacen posible, el propio juez de tutela puede proferir una «providencia de reemplazo».

El Tribunal Constitucional peruano, si encuentra que el agravio constitucional es irrazonable y desproporcionado, puede pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. En Venezuela, por razones de celeridad procesal, siempre que se haya tramitado la causa en su totalidad, la Sala Constitucional puede dictar la decisión de fondo cuando actúa como tribunal de alzada. En este caso, sin embargo, la Sala ha de ser cuidadosa en mantener el carácter restitutorio y no constitutivo del derecho alegado en el amparo constitucional.

- c) El organismo de justicia constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad.

Por último, debe destacarse que en prácticamente ninguno de los países estudiados se prevé que el órgano de la Jurisdicción constitucional ordene anular la decisión al propio tribunal ordinario que la dictó²⁵³. Como se ha

²⁵³ Así lo hacen notar expresamente, Andorra, España, Chile, Colombia, México, Paraguay, Perú, Portugal, Venezuela.



dicho, es siempre al Tribunal, Corte o Sala Constitucional, o la Corte Suprema que cumpla equivalentes funciones, a quien compete declarar la anulación de la decisión judicial.

4.5 ¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el órgano de justicia constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?

La estadística al respecto es tan variada que hace muy difícil elaborar un cuadro general de los resultados que han arrojado el conjunto de los sistemas durante el año 2006. En Andorra el porcentaje de estos casos fue de 88%; en España el 97,70% (cifra que corresponde a los recursos de amparo constitucional); en Bolivia, el 60% de amparos constitucionales y el 80% de hábeas corpus se dirigieron contra decisiones judiciales. En Colombia, el 77,3% han sido casos de tutela, porcentaje dentro del cual el 15% corresponde a procesos contra sentencias judiciales. En El Salvador entre el 30-40% fueron amparos dirigidos contra decisiones judiciales, y entre el 80-90% casos fueron hábeas corpus. En México, la Primera Sala de la Suprema Corte ha conocido un 47% de «amparos en revisión», «amparos directos en revisión» y casos de ejercicio de «facultad de atracción» (asuntos provenientes de la Jurisdicción ordinaria); entre tanto la Segunda Sala resolvió un 57% de los mismos procesos. En Perú el porcentaje es muy menor: en el mismo período el 3,05% de amparos se presentaron en contra de resoluciones judiciales, mientras que el 6,23% de *habeas corpus* lo fueron contra esa misma clase de resoluciones y también frente a incidencias que afectaron el debido proceso en juicios ordinarios. El porcentaje de resoluciones del Tribunal Constitucional portugués en recursos de inconstitucionalidad frente a decisiones judiciales fue de 27,70%. En Venezuela un 80% de los casos son de «revisión constitucional» o «amparo constitucional» contra decisiones judiciales.



En algunos órganos con funciones de control de constitucionalidad no se cuenta con datos estadísticos a este respecto²⁵⁴.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA

II.5 ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del órgano de justicia constitucional, y en ese caso, de qué manera?

Existe una numerosísima casuística respecto al sistema de designación y composición del órgano de justicia constitucional. Así, en los países que cuentan con un Tribunal o Corte Constitucional, la Jurisdicción ordinaria no se inmiscuye²⁵⁵.

En cambio, esta jurisdicción tiene un importante papel en Chile y Ecuador (donde la Corte Suprema elige los miembros del Tribunal Constitucional) o Colombia (propone una de las tres ternas que el Senado elige).

En aquellos países que cuentan con una sala especializada, los magistrados no pueden pertenecer a ningún otro orden jurisdiccional²⁵⁶ o son nombrados por la Asamblea Legislativa²⁵⁷.

²⁵⁴ Tal es el caso de Argentina, Brasil, Chile, Puerto Rico y Paraguay aunque en éste último se cuenta con el dato de que en el año de 2006 se han presentado 1.300 acciones de inconstitucionalidad.

²⁵⁵ Países como Andorra, Bolivia, España y Portugal.

²⁵⁶ Como es el caso de Venezuela.

²⁵⁷ Así ocurre en Costa Rica y Paraguay.



En Honduras la designación y composición de la Sala de lo Constitucional se realiza por el Pleno de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia una vez que han resultado electos por el Congreso Nacional de la República, y en El Salvador es el Consejo Nacional de la Judicatura el que envía la lista de candidatos que ha de escoger la Asamblea Legislativa.

Un tercer grupo de países, que no cuentan con un órgano o sala específico, atribuyen a la Suprema Corte estos asuntos. Los miembros de estos órganos son magistrados de carrera (República Dominicana) que nombra el Consejo Nacional de la Magistratura o que nombra el presidente y confirma el senado (Uruguay, Argentina, y México). En el caso de Brasil, también pueden formar parte del Supremo Tribunal Federal ciudadanos con notable saber jurídico y reputación.

II.6 ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos

207

En Bolivia se han suscitado conflictos fundamentalmente en el conocimiento por parte del Tribunal Constitucional de Resoluciones que tienen calidad de cosa juzgada formal, en la que se constataron lesiones a derechos y garantías constitucionales, en la anulación de Resoluciones pronunciadas fuera del plazo legal, en los recursos directos de nulidad, en la interpretación de la legalidad ordinaria, en el carácter vinculante de las Resoluciones del Tribunal Constitucional. En Perú, en cambio, el precedente constitucional ha generado tensiones en la relación Tribunal Constitucional-Poder Judicial, por considerar éste que se había violado el principio de la cosa juzgada y se invadían los fueros judiciales ordinarios²⁵⁸.

²⁵⁸ Vid. Expediente N.º 4227-2005-AA/TC, caso Royal Gaming S.A.C., y Expediente N.º 4227-2005-AA/TC.



En el caso de Chile y El Salvador se han producido diferencias de interpretación entre el Tribunal Constitucional y las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema de Justicia, respectivamente. En Colombia, algunas Salas de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado han decidido no cumplir las sentencias de tutela contra providencias judiciales a través de las cuales se les ordena revocar una decisión propia y proferir una nueva sentencia conforme a la Constitución.

En España, se han producido fricciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Ha existido un episodio de contestación institucional con la condena civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de enero de 2004), al estimar un recurso de responsabilidad interpuesto por un particular con ocasión de la inadmisión de un recurso de amparo que se había acordado con negligencia supuesta por el Pleno del Tribunal Constitucional.



Informes de invitados



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

7.1

Cohesión Social y Justicia Constitucional²⁵⁹

PROF. DR. ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ
Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Constitucional Europeo
Universitat Pompeu Fabra (UPF). Barcelona

211

Si bien el concepto de cohesión social parece llamado a interpretaciones plurales, y por ello ha sido objeto de caracterizaciones diversas, creo que puede sostenerse con cierto fundamento que en el mismo se encuentran presentes una idea de los derechos, de la igualdad y de una ciudadanía activa: la cohesión social. Puede leerse en el *Marco Conceptual* de EUROsociAL,

«es un atributo de las sociedades que implica la igualdad de oportunidades para que la población pueda ejercer sus derechos fundamentales y asegurar su bienestar, sin discriminación de ningún tipo y atendiendo a la diversidad. Desde una perspectiva individual, la cohesión social supone la existencia de personas que se sienten parte de una comunidad, participan

²⁵⁹ Informe leído ante el Plenario de la VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (Cartagena de Indias, 28-30 de noviembre de 2007).



activamente en diversos ámbitos de decisión y son capaces de ejercer una ciudadanía activa. La cohesión social también implica el desarrollo de políticas públicas y mecanismos de solidaridad entre individuos, colectivos, territorios y generaciones.»

La cohesión social, se afirma igualmente en el citado *Marco Conceptual*, es así un objetivo de la acción pública y un medio para la consolidación del Estado democrático y de sus instituciones.

En un sentido muy similar, la Declaración de Santiago, suscrita por los Jefes de Estado y de Gobierno participantes en la XVII Cumbre Iberoamericana celebrada este mismo mes de noviembre y cuyo tema central fue precisamente la cohesión social, afirma la necesidad de políticas sociales para la superación de la pobreza, garantizando el acceso universal a los servicios sociales y la calidad de las prestaciones públicas y privadas en ámbitos como la educación, la salud, la vivienda y la protección social. En ese mismo documento se propugna el fortalecimiento de «la promoción y respeto de todos los derechos humanos como un componente indispensable en la adopción y ejecución de las políticas destinadas a lograr la cohesión social» y, al tiempo, se defiende la necesidad de «erradicar todo tipo de discriminación», consolidar la democracia, combatir la corrupción, y asegurar la transparencia y la administración eficiente de los recursos públicos.

Desde esta aproximación inicial, puede intuirse en alguna medida el papel de la justicia constitucional como instrumento para la cohesión social y, por lo mismo, para el fortalecimiento del Estado constitucional democrático.

No creo exagerar si afirmo que el constitucionalismo social contemporáneo, del que en mayor o menor medida son expresión las Leyes fundamentales de todos nuestros países, es un constitucionalismo para la cohesión social. Un constitucionalismo que proclama el respeto a la dignidad humana y a los derechos inviolables de la persona (permítanme que haga uso de los términos



del artículo 10.1 de la Constitución Española) como fundamento del orden político; que prohíbe toda discriminación en garantía de la igualdad y que impone a los poderes públicos, en beneficio de los ciudadanos, la consecución de ciertas finalidades u objetivos hacia los que ha de orientarse su política social y económica.

Tampoco creo equivocarme si sostengo que el pacto constituyente del que resulta ser expresión toda Constitución democrática contemporánea se revisa esencialmente de dos instituciones de control o garantía que hacen posible la prolongación en el tiempo del compromiso fundacional. Me refiero ahora a la reforma constitucional y a la justicia constitucional. La primera tiene carácter extraordinario y pretende, en uno u otro grado, la innovación del pacto constituyente, su corrección parcial (o incluso total) mediante la adición o la supresión de algunos de sus contenidos. La segunda, la justicia constitucional, tiene carácter ordinario, se practica cotidianamente y pretende la salvaguarda de aquel pacto asegurando su respeto por los poderes públicos, muy en particular por el legislativo, cuya actividad es objeto de escrutinio en su adecuación al texto constitucional.

De este modo, es posible afirmar en las democracias contemporáneas el vínculo inescindible existente entre, de un lado, la idea de Estado constitucional de Derecho, como Estado en el que la supremacía normativa de la Constitución se encuentra jurisdiccionalmente tutelada, y, de otro, la condición social y democrática de aquel Estado, en el que el poder público se compromete de manera activa en la promoción de los derechos de sus ciudadanos y en la superación de las desigualdades que éstos puedan padecer. Constatada la relación entre el Estado constitucional de nuestro tiempo y su cualidad democrática y social (una relación, por cierto, de la que la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001, es una cumplida expresión), parece obligado reconocer el importante papel que corresponde a la justicia constitucional en la garantía de los contenidos fundamentales en los que se concreta aquella condición o



carácter de nuestros Estados, es decir, en la garantía del compromiso constitucional con la cohesión social. Pero vayamos por partes.

Ciertamente, la Constitución cumple la función de organizar –en el sentido más amplio del término– el poder del Estado mediante un plan que ha de ser percibido como legítimo en un doble nivel. Legítimo por su origen en la medida en que el poder constituyente ha de ser expresión del principio democrático, y legítimo, también, desde un punto de vista material o sustantivo, de manera que, por sus contenidos, la ordenación propuesta suscite el consenso social al inspirarse en valores reconocidos por la comunidad y que ésta acepta. En el momento presente, el valor básico de la libertad, desde el que se funda el constitucionalismo hace ya más de dos siglos, se completa con la igualdad, que deja de ser entendida, como ocurría hasta hace no demasiado, en un sentido estrictamente formal y pasa a concebirse también en sentido material. Se supera, en definitiva, la contradicción entre libertad e igualdad, que ahora sólo pueden concebirse como inescindiblemente unidas (en expresión de Kriele).

El individuo, la persona, es sujeto de una nueva consideración a la luz de su dignidad y de su posición como ser social. Los derechos, completados en su entendimiento y generalizados en su titularidad y posibilidades de ejercicio, dejan de tener un fin puramente individual, adquieren una dimensión objetiva y devienen el contenido inexcusable de la Norma fundamental, a cuya tutela y promoción estará preordenada la organización del poder estatal.

Por eso, la Constitución se comporta (o ha de comportarse) como un instrumento esencial del proceso de integración política de la comunidad. Se trata, en definitiva, de establecer también una legitimidad por la acción, y es en esta nueva dimensión en la que las Constituciones de nuestros días actúan al incluir los fines y objetivos que debe perseguir la acción estatal y los criterios materiales que han de orientar el ejercicio de la actividad de los poderes públicos. Reglas, principios, valores, tareas y fines estatales conviven en las disposiciones de todas nuestras Constituciones sin excepción. Si bien en una



óptica estricta y caducamente positivista esta opción puede resultar criticable, en la actualidad, se asume mayoritariamente que el Derecho de la Constitución necesita de referentes o sustentos axiológicos que expresen el consenso social, que hagan posible el cumplimiento por aquél de su función de integración política. Todo ello, sin perjuicio de asumir que los valores y principios constitucionalizados no pueden implicar una especie de atrofia, impidiendo la adaptación de la Norma básica a las circunstancias cambiantes de la realidad y provocando así un divorcio entre la normalidad y la normatividad de efectos muy nocivos para la eficacia de la Constitución, cuyo contenido ha de permanecer «abierto al tiempo» (Bäumlin) si quiere dar respuesta a la diversidad de situaciones históricamente cambiantes.

Los valores, los principios, y los objetivos de la actuación estatal se despliegan y concretan, en el mismo articulado constitucional, de formas muy diversas: desde derechos de libertad a derechos económicos y sociales que se presentan en forma de mandatos al legislador y a los demás poderes públicos; pasando por múltiples habilitaciones y algunas prohibiciones de actuación. Así las cosas, siendo la Constitución –toda ella– Derecho, el conjunto de las disposiciones que la integran es de una heterogeneidad notable. Muchos de los preceptos que forman parte de ella no responden a la estructura característica de las normas jurídicas, por lo que resulta imposible su aplicación inmediata; ahora bien, la ambigüedad, imprecisión o apertura de un precepto constitucional, su falta de complitud, su contenido habilitador o de mandato a los poderes públicos, no le priva de su carácter jurídico, de su fuerza de obligar. La normatividad de la Constitución no implica necesariamente su aplicabilidad directa (Nieto).

Los poderes públicos se encuentran vinculados a toda la Constitución por efecto de su condición fundacional, de su función específica y de la superior posición jerárquica que aquélla ocupa en el sistema de las fuentes del Derecho. La referida vinculación se expresa, por lo tanto, también respecto del legislador, y lo hace con unas características específicas en presencia de textos constitucionales que no sólo contienen derechos inmediatamente eficaces, sino que incor-



poran un verdadero programa de acción en el que se incluyen mandatos a los poderes públicos y criterios materiales que deben guiar su actuación. Se trata, sin lugar a dudas, de un aspecto esencial del Derecho Constitucional contemporáneo, en la perspectiva del reforzamiento o mejora de la cohesión social.

De cuanto hasta aquí se ha dejado escrito, resulta que el legislador no sólo se encuentra limitado por los derechos fundamentales, que no puede vulnerar, bajo sanción de nulidad del correspondiente acto normativo, sino que además ha de realizar el programa, o alguno de los programas, presentes en la Constitución. Ahora bien, los cimientos pluralistas sobre los que el texto constitucional debe descansar hacen posible que las diversas opciones políticas encuentren acomodo dentro de aquél, entendida la legislación no como «ejecución de la Constitución, sino [como] un libre y renovado principio creador» (Huber). El legislativo, expresión directa de la voluntad popular, es un poder político y, como tal, libre para seleccionar los objetivos que desea alcanzar y definir los instrumentos a utilizar con ese propósito. La Constitución define los límites que en ningún caso pueden sobrepasarse en el ejercicio de esa actividad de dirección política, pero dentro de tales límites caben distintas opciones o programas, y es ahí donde juega la libertad de configuración del legislador de acuerdo con la relación mayoría-minoría que en cada momento exista en términos políticos y sociales.

Al establecer ciertos fines y criterios de actuación, la Constitución no sólo excluye a los que resulten contrarios a aquéllos sino que, ante todo, habilita al legislador para que actúe en la consecución de los primeros. Las disposiciones finalistas o las que establecen mandatos al legislador –normalmente en términos abiertos y flexibles–, al obligarle a actuar, están sobre todo autorizándole para ello, ya que no existen medios para exigir jurídicamente tales obligaciones positivas que resultan de imposible imposición al Parlamento. Es en este plano de autorización o habilitación en el que se concreta una de las más evidentes diferencias entre el constitucionalismo liberal y el propio del Estado social y democrático de Derecho. En éste, el Parla-



mento, y el resto de poderes públicos después de él, puede intervenir activamente en las relaciones económico-sociales con carácter beligerante, a la búsqueda de determinados fines y, en su caso, privilegiando unos intereses o derechos en detrimento de otros. La cohesión social, desde los derechos, la igualdad y la ciudadanía activa, dista de ser ajena, neutra, en su relación con la Constitución democrática.

Sentada esta premisa, es decir, una vez aclarado que el aplicador de la Constitución (en lo que ahora interesa, el legislador democrático y, en este contexto, el juez constitucional) trabaja en un marco normativo apto o, mejor aún, que reclama la cohesión social, es preciso constatar la radical diversidad del contexto político y socioeconómico en el que dicha actuación se lleva a cabo en Europa y en América Latina.

En efecto, la mejora de la cohesión social es una preocupación constante de los gobernantes democráticos europeos que se manifiesta a lo largo de los últimos cuarenta o cincuenta años con igual intensidad en el nivel nacional y en el supranacional. En aquél, mediante una intervención de los poderes públicos orientada hacia el fomento del ejercicio de los derechos y de su tutela judicial, a la superación de las desigualdades y a la garantía pública de unas prestaciones en los terrenos educativo, sanitario y de asistencia social, entre otros, de manera que en un contexto en el que la ciudadanía civil y política son realidades fuera de discusión; la ciudadanía social persigue la inclusión de la mayoría de la población, que se considera parte de la comunidad y que interviene activamente en diversos ámbitos de la decisión pública. Dicho sea ésto, sin perjuicio del reconocimiento de la existencia de una bolsa de pobreza (de ciudadanos excluidos, en definitiva) que, por ejemplo, en el caso español alcanza a un porcentaje de la población que se sitúa en torno al 15%.

En el nivel supranacional europeo, al que también me he referido, es de sobra conocido que la cohesión económica y social emerge como política comunitaria en el Acta Única Europea de 1986 y desde 1992, con el Tratado



de la Unión Europea, se define como objetivo de la Unión, aunque ya en los años setenta existían en la Comunidad Económica Europea programas orientados al logro de equilibrios económicos regionales. En la actualidad, un tercio de los presupuestos de la Unión se destina a fondos estructurales y de cohesión social. Como reconocía la propia Comisión Europea en 1996, la «creciente integración europea» hace inevitable que la Unión «incremente su responsabilidad compartida con los Estados miembros» en las políticas de cohesión. Los objetivos de Lisboa, aprobados en la capital portuguesa por el Consejo Europeo celebrado en marzo de 2000 declaran «inaceptable el número de personas que viven en la Unión por debajo del umbral de la pobreza y excluidas socialmente» y se proponen evitar que la nueva economía basada en el conocimiento y condicionada por la globalización aumente «los problemas sociales existentes de desempleo, exclusión social y pobreza».

Cuanto acaba de decirse es expresión de una realidad típicamente europea (incluso en la Europa a veintisiete), a saber: que más allá de las diferencias entre países «todos ellos comparten un conjunto de valores en torno a la solidaridad y la igualdad de oportunidades, y por tanto en cuanto al activo papel redistributivo del Estado» (Jarquín).

La realidad en Latinoamérica es bien distinta. El contexto político y socioeconómico se encuentra muy alejado del europeo (dicho sea con el riesgo que toda generalización comporta). Nuestras Constituciones, ya se ha escrito, se aproximan notablemente al proclamar derechos, enunciar principios y valores, definir tareas a cargo del Estado y concretar entre sus garantías la existencia de una justicia constitucional encargada de la preservación de aquellos contenidos. Pero el ambiente en el que las instituciones políticas y de garantía ejercen sus competencias, en el que el Estado pretende alcanzar los objetivos constitucionalmente establecidos y las personas despliegan sus derechos, ese ambiente, tiene poco que ver con el entorno en el que en Europa actúan aquellas mismas instituciones, los poderes públicos procuran cumplir los fines encomendados y los ciudadanos ejercen sus derechos.

La desigualdad y la pobreza marcan la diferencia. En el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) intitulado *La democracia en América Latina*, publicado en 2004, se nos recuerda que el índice de desigualdad en Europa (entonces de los quince) era la mitad del que existía en Latinoamérica y que el porcentaje de población por debajo del umbral de la pobreza en esta parte del continente americano prácticamente triplicaba el europeo. El PIB per capita, en fin, resultaba ser seis veces superior en la orilla oriental del Atlántico. En América Latina, recuerda el PNUD, «las reglas e instituciones del régimen son similares a las de los países democráticamente más maduros, pero sus sociedades son profundamente diferentes de las de aquéllos» y esta diferencia, puede añadirse, condiciona en buena medida el funcionamiento del sistema político, de la forma de gobierno.

Este contexto de desigualdad y pobreza, que conoce notables diferencias de unos países a otros, convive en América Latina desde hace ya casi un cuarto de siglo con una generalización de las formas políticas democráticas para las que, obviamente, supone un claro desafío. Democracia, pobreza y desigualdad integran lo que el PNUD denomina el «triángulo latinoamericano». La respuesta a este desafío, se nos dice en el Informe al que me vengo refiriendo, sólo puede ser más y mejor democracia para que las sociedades latinoamericanas sean más igualitarias y desarrolladas. «Sólo en las democracias, quienes carecen de niveles mínimos de bienestar y sufren las injusticias de la desigualdad pueden reclamar, movilizarse y elegir en defensa de sus derechos»; el gran reto «es combatir la pobreza y la desigualdad con los instrumentos de la democracia, para crear las bases de cohesión y estabilidad social que son los requisitos del crecimiento económico» (PNUD). Porque conviene no olvidar que la pobreza y la desigualdad, además de problemas sociales son, también, déficit democráticos evidentes. La democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente: éste es el tenor literal del art. 11 de la Carta Democrática Interamericana.



En el mismo período de tiempo en el que las democracias se han generalizado por todo el continente americano (pongamos en el último cuarto de siglo), el PNUD nos recuerda que el Estado se ha debilitado enormemente. Se habla así de un Estado anémico, resultado de la corrupción, del clientelismo, de la sucesión de crisis económicas y del «antiestatismo» de muchos de los programas de reforma que, con mayor o menor éxito, se han aplicado en la región. La anemia se prolonga, se extiende al sistema legal que, allá donde no es sustituido por otras formas de legalidad, se aplica en no pocas ocasiones de modo discriminatorio. La merma de credibilidad del Estado, concluye el PNUD, va de la mano con la idea de una ciudadanía de baja intensidad.

Revertir esta situación (en definitiva: generar cohesión social) exige completar la expresión política de la ciudadanía con contenidos civiles y sociales hoy manifiestamente mejorables, cuando no pura y simplemente inexistentes, en el convencimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos y de que sólo desde el disfrute de unas condiciones de vida dignas es imaginable el ejercicio de los derechos y la reivindicación de su tutela. Hagamos balance de la situación actual (PNUD).

La ciudadanía política goza en el momento presente en los países de América Latina de buena salud. El acceso a los poderes Legislativo y Ejecutivo es expresión del sufragio popular y la alternancia se produce sin sobresaltos. Las irregularidades electorales han dejado de ser la práctica y el fraude es excepcional. En esta parte del continente se vive, de hecho, un período único en la historia de generalización sostenida en el tiempo de regímenes políticos electoralmente democráticos. La garantía jurisdiccional de los procesos de votación, que conoce formas plurales en Latinoamérica, ha resultado decisiva para llegar a esta situación normalizada.

La ciudadanía civil, aquella que se concreta en el despliegue de la igualdad y de la libertad como límites a la acción del Estado, ha avanzado notablemente en los distintos países latinoamericanos. Los progresos en el reconoci-



miento de derechos a grupos históricamente marginados como las mujeres y los indígenas, las mejoras en la libertad de prensa y en el respeto a la vida y a la integridad física, por poner sólo algunos ejemplos, son evidentes.

Sin embargo, la tutela judicial de los derechos y la protección contra la discriminación se encuentran comprometidas por las disparidades en la aplicación de la ley a los ciudadanos. La Administración de Justicia sigue siendo uno de los puntos débiles de la institucionalidad democrática en América Latina. En efecto, a pesar de todos los esfuerzos desplegados en este campo en los últimos años, en muchos casos con ayuda internacional, la reforma del Poder Judicial sigue siendo una de las asignaturas pendientes en no pocos países del continente. Los indicadores en materia de independencia, corrupción, y nivel de confianza ciudadana dejan muy claro que aún queda mucho trabajo por hacer en este sector del poder público del que, a la postre, depende en buena medida la credibilidad del sistema democrático y cuyo funcionamiento eficaz condiciona en un grado importante el crecimiento económico. Apuntaré ahora, a título de ejemplo, dos datos que pueden avalar el estado de cosas que acabo de describir:

221

– El Poder Judicial es una de las instituciones/grupos que, de acuerdo con los datos de Latinobarómetro de 2006, merece menor confianza. Solo el 36% de los encuestados consideró que dicho Poder le produce mucha o alguna confianza, frente al 47% que se otorga al Presidente o al Tribunal Electoral, el 43% al Gobierno, el 71% a la Iglesia o el 82% a los bomberos. Únicamente los partidos políticos y el Congreso (con el 22 % y el 27%, respectivamente) se encuentran por debajo del Poder Judicial. En la valoración de la evaluación del desempeño, el Poder Judicial se sitúa por detrás del Parlamento, del Gobierno, y de los empresarios; sólo los partidos políticos reciben peor nota.

– De acuerdo con el *Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems*, elaborado por *Transparency International*, casi uno de cada cinco latinoamericanos (el 18%) que se relacionó con la Administración de Justicia en 2006, pagó algún tipo de soborno. En dicho Informe, en el que se contie-



nen análisis individualizados de varios países del mundo, se hacen constar los graves problemas que contaminan muy seriamente la independencia judicial en Guatemala, Panamá, Paraguay y México (en este último país una encuesta nacional en el año 2002 puso en evidencia que sólo el 6% de la población tiene mucha confianza en la Corte Suprema y dos terceras partes de los ciudadanos mexicanos tienen poca o ninguna confianza en la misma). [Ningún otro de los Estados representados en esta Conferencia, además de los ya citados, es objeto de informe particular].

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha puesto de relieve, en su Informe anual correspondiente al año 2006, que en América Latina se ha producido en las últimas décadas una creciente demanda de servicios judiciales de la mano del proceso de consolidación de la democracia. Una de las razones que explican el referido incremento tiene que ver con la mayor disponibilidad ciudadana para acudir a los tribunales en búsqueda de solución a sus problemas, lo que en no pocas ocasiones significa reclamando sus derechos o haciendo valer sus intereses legítimos. Esta mayor demanda convive con problemas endémicos de la Administración de Justicia en muchos de los países de esta área geográfica que dificultan el acceso a la justicia. En este sentido, el BID se refiere a la centralización de los sistemas judiciales, es decir, a la concentración de los Tribunales en las grandes ciudades, inaccesibles para una buena parte de los habitantes del país. Además, el carácter escrito de la mayoría de los procedimientos provoca la lentitud en la tramitación y, en fin, su encarecimiento, con lo que la justicia termina por resultar muy alejada de las posibilidades de un sector importante de la población. De nuevo la legalidad ausente para una ciudadanía de baja intensidad.

Nos queda, en fin, la ciudadanía social, complemento inexcusable también en el contexto latinoamericano de la ciudadanía política y de la civil para hacer posible la mejora (para hacer realidad, dirían algunos) del régimen democrático y garantizar su estabilidad. La ciudadanía social «se refiere a aquellos aspectos de la vida de los ciudadanos que afectan al potencial para

desarrollar sus capacidades básicas» (PNUD). Aunque los contenidos precisos de esa ciudadanía social resultan ser polémicos, creo que puede afirmarse que entre los mismos se cuentan la educación y la salud, seguramente junto con la vivienda y la asistencia social, la garantía de todas las cuales contribuye directamente a la inclusión, a la integración de los individuos que la pobreza, el desempleo y, más en general, la desigualdad obstaculizan.

El despliegue de la ciudadanía social en las Constituciones es una de las grandes novedades del ciclo constitucional que se inicia tras el final de la Segunda Guerra Mundial, hace ya más de sesenta años, aunque a la mayoría de nuestros países llegara en tiempos mucho más recientes. Las dificultades para concretar la ciudadanía social son en buena medida de tipo económico ya que la actuación de los poderes públicos, en los ámbitos más arriba aludidos, depende de la disponibilidad de unos recursos que se generan en su mayor parte desde la política fiscal y que se encuentran condicionados por el ciclo económico.

Derechos, igualdad y ciudadanía en un espacio democrático, de estabilidad y de óptimo rendimiento institucional; he aquí los conceptos de referencia para la cohesión social que resultan de los textos constitucionales de todos nuestros países. Unos textos que son el fundamento de la existencia y de la actividad de los órganos de la justicia constitucional (Tribunales, Cortes y Salas) para preservar su normatividad frente al Legislativo y, más en general, frente a todos los poderes públicos, controlando el respeto de aquellos derechos, corrigiendo las discriminaciones y garantizando la ciudadanía activa.

Sucede así que a la decisión política del Parlamento, concretada en una ley, puede oponérsele una decisión jurídica, que se manifiesta en forma de sentencia, emanada del órgano de justicia constitucional y que no es sino aplicación de la Constitución, actualización de los límites que la propia Constitución define para constreñir el ejercicio del poder del Estado. Cada decisión constitucional puede presentarse así como una actuación jurídica de la propia Constitución y el Tribunal Constitucional (o el órgano equivalente)



como un «comisionado del poder constituyente» (García de Enterría). Puede que el Presidente W. Wilson exagerara cuando consideró al Tribunal Supremo de los Estados Unidos «una especie de Convención constitucional reunida en sesión continua», pero no lo hizo el *Chief Justice* Hughes cuando afirmó que «la Constitución es lo que los jueces dicen que es».

Ahora bien, la actividad interpretativa que despliegan los órganos de la justicia constitucional posee algunas notas *sui generis*. «A diferencia del Tribunal ordinario, el Constitucional se mueve entre dos puntos de referencia inestables: por un lado, leyes que mantienen su libre capacidad de creación, y por otro, un texto constitucional sumario, abstracto, neutral incluso y abierto a todas las posibilidades. En estas condiciones nada tiene de particular que sus facultades se eleven a límites inimaginables en la Jurisdicción ordinaria» (Nieto). En el texto constitucional, es cierto, abundan los enunciados ambiguos y vagos, pero sin duda mucho más que en los documentos normativos de inferior rango proliferan los denominados «conceptos esencialmente controvertidos» y las colisiones entre disposiciones; y esto sucede, ejemplarmente, en el terreno de los derechos, también de los derechos sociales, y en la denominada Constitución Económica. En este contexto de complejidad para el intérprete, poco puede extrañar que la teoría de la interpretación constitucional se haya convertido en el «núcleo central de la teoría de la Constitución» (Rubio Llorente), reconociéndose, contemporáneamente, que las singularidades de la norma constitucional impiden una pura traslación de las reglas hermenéuticas elaboradas por Savigny hace ya siglo y medio y aún enunciadadas en algunos de nuestros Códigos Civiles.

La necesidad de justificar la decisión adoptada (la interpretación constitucional propuesta) se concreta, es cierto, en el empleo de los argumentos propios de nuestra cultura jurídica, aunque no puede ignorarse que las reglas generales de interpretación han de completarse con el manejo de algunos principios interpretativos ya compartidos por la doctrina constitucional y que tienen muy presente la singularidad del texto a interpretar. K. Hesse ha con-

cretado tales principios en el siguiente catálogo: principio de unidad de la Constitución, principio de concordancia práctica, principio de corrección funcional, principio de eficacia integradora y, en fin, principio de la fuerza normativa de la Constitución.

En aplicación de estos cánones interpretativos, los órganos de la justicia constitucional han de proceder con un adecuado ejercicio de *self-restraint*, como expresión de deferencia al legislador democrático y por efecto de la ya mencionada indeterminación y carácter fragmentario de las disposiciones constitucionales. En virtud de aquélla, la ley ha de interpretarse de conformidad con la Constitución, de modo que si admite diversas interpretaciones, el juez constitucional deberá escoger la que resulte compatible con la Constitución. Por su parte, la indeterminación y fragmentariedad de muchas de las disposiciones presentes en el texto básico «obligan al juez constitucional a actuar con prudencia si no quiere correr el peligro de que una prematura restricción del significado de una norma concreta pueda reducir su flexibilidad y modificabilidad, esto es, debilitar en el futuro de forma irremediable la fuerza normativa de la Constitución. Sólo cuando se impone la creencia de que los jueces han leído en la Constitución lo que no hay en ella, su sentencia pierde fuerza de convicción objetiva y, por eso, aparece “políticamente” motivada» (Schneider).

Del panorama hasta aquí descrito resulta un juez constitucional deferente con el legislador y su obra; un juez que decide motivando desde rigurosos estándares interpretativos, generalmente aceptados; un juez constitucional, en definitiva, que se sitúa en un plano de garantía formal de la supremacía de la Norma básica actuando únicamente, en expresión de Kelsen, como legislador negativo. Pero este panorama no puede ocultar una realidad bien conocida por todos ustedes y que parece ser consustancial a la justicia constitucional, a saber, que ésta, en no pocas ocasiones, contribuye a la legislación en un sentido positivo. Así sucede con las sentencias aditivas y sustitutivas, cuyos efectos creativos son indudables; y así ocurre también cuando la inconstitu-



cionalidad declarada se refiere a una o varias palabras del enunciado normativo, con el resultado práctico de la emergencia de una nueva disposición.

Para salvar la objeción teórica que este tipo de decisiones provoca se sostiene que en estos casos la «legislación» producida por el juez constitucional lo es, en afortunada expresión de Crisafulli, «a rime obbligate», es decir, se trata de una pura declaración de un Derecho preexistente que el órgano judicial identifica en la Constitución para su aplicación al caso. No es, en puridad, legislación porque no expresa una libre opción política.

Y es que, en efecto, no puede perderse de vista para concretar la posición de la justicia constitucional en el Estado democrático de nuestro tiempo, que los órganos que la ejercen fiscalizan la actividad de un Parlamento elegido por el pueblo; que todas las autoridades públicas están vinculadas por su jurisprudencia y que sus decisiones no pueden ser objeto de control por ningún otro órgano del poder estatal, ni político ni jurisdiccional (Starck). En estas circunstancias la autorrestricción de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales es un imperativo de su existencia, precisamente porque su actividad interpretativa está mucho más próxima a los asuntos políticos que la interpretación de las normas de rango legal y porque la interpretación de las reglas constitucionales sirve para decidir cuestiones políticas mucho más relevantes y mucho más vinculadas a las opciones políticas que la interpretación de cualesquiera otras reglas (Wróblewski). Pero quienes hacen la justicia constitucional son jueces, no políticos.

Éste es el encuadre teórico general dentro del que los órganos de la justicia constitucional iberoamericana ejercen su jurisdicción. Desde una Constitución normativa que funda un Estado social y democrático que declara derechos, que proclama la igualdad y que fija objetivos a la actividad de los poderes públicos para la mejora de las condiciones de vida de todos sus ciudadanos. Una Constitución, se decía más arriba, para la cohesión social. Los enunciados normativos en los que se concretan estas propuestas de los constituyentes incentivan un cierto decisionismo judicial al que ha de hacerse frente desde la discreción y la deferencia al legislador, muy en particular en el sector de los derechos económi-



cos y sociales, en la mayoría de los cuales (derechos «que cuestan») la opción política y financiera no puede construirse desde la justicia constitucional so pena de una merma decisiva de la posición que ocupan como órganos de garantía y, por ende, supra partes. Dicho sea esto, sin desconocer la natural fuerza expansiva del principio de igualdad, que históricamente ha consentido intervenciones judiciales (no sólo de los Tribunales nacionales, sino también desde Tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) que han supuesto la remoción de no pocos obstáculos al pleno ejercicio de la ciudadanía política, civil y también social.

Como la cohesión social sólo es posible en una estructura institucional dotada de legitimidad y credibilidad, pondré término a mi intervención aludiendo muy brevemente a la (obvia) necesidad existencial de estas características en los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales.

El Presidente Cea Egaña afirmaba en su Ponencia General presentada en la V Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional («Imagen del Juez y de la Justicia Constitucional en América Latina»), que la justicia constitucional necesita en esta región «ser fortalecida, autolegitimarse y ser percibida con cualidad de indispensable por la población. Lograrlo es un proceso prolongado y delicado. Para ello, aumentar la conciencia popular y de los líderes políticos acerca del imperativo de consolidar tal justicia resulta fundamental»; ha de «afirmar su espacio propio –añadía el entonces Presidente del Tribunal Constitucional de Chile– dentro del sistema democrático, prestigiarse por la calidad y visión de su jurisprudencia y ganar el reconocimiento tanto de los órganos estatales como de la población». Se trata de una opinión que suscribo en su integridad y que puede extenderse sin dificultad más allá del ámbito latinoamericano.

La independencia de los órganos de la justicia constitucional no está nunca suficientemente a salvo de las injerencias del poder político en unas democracias como la mayoría de las que existen en nuestros países que, por su juventud, no han generado aún una cultura pública de respeto a las instituciones de garantía y control. En esta misma perspectiva de tutela de la inde-



pendencia judicial, ha de insistirse en que el estatuto del juez constitucional, desde su identificación (como proponía Cea Egaña) con un catálogo de valores que lo habiliten como tal, ha de posibilitar el ejercicio de la alta función que corresponde a su titular en unas condiciones idóneas para el mantenimiento de su libertad de criterio.

La legitimidad de la justicia constitucional depende también de la imparcialidad en la actuación del órgano, que ha de preservarse en su apariencia y más allá de toda sospecha de contaminación, sin que en ningún caso puedan resultar admisibles alteraciones más o menos voluntaristas de la composición del Tribunal, Corte o Sala fundadas, en una duda de parcialidad que no pase de ser el argumento falaz para orientar interesadamente el sentido de la decisión futura del órgano.

La justicia fuera de plazo no es justicia. Las dilaciones indebidas merman la aceptación social de cualquier Tribunal, y lo hacen de manera particularmente grave en el caso de los órganos de la justicia constitucional llamados precisamente a preservar los derechos ciudadanos entre los que se cuenta el derecho a un proceso en un plazo razonable. La reparación de los derechos diferida en el tiempo puede revestir un carácter puramente «platónico», desprovista como puede estar de todo efecto material de corrección.

El proceso constitucional ha de rodearse de todas las garantías necesarias para colocar a las partes del mismo en una posición de igualdad real. El acceso al proceso para la tutela de los derechos ha de facilitarse mediante fórmulas de legitimación activa que consientan la acción o el recurso con independencia de la disponibilidad de medios materiales y de la contribución de una asistencia técnica de calidad, que tocará proporcionar de oficio cuando se acredite la insuficiencia económica por el demandante de amparo.

Ustedes saben mejor que nadie que la apertura en el acceso puede provocar una sobrecarga de demanda para los órganos de la justicia constitucional,

que pueden verse inundados –como de hecho está ocurriendo en algunos países– por pretensiones de amparo carentes de fundamento o, peor aún, planteadas con el solo propósito de dilatar en el tiempo la decisión judicial sobre el fondo en el asunto del que traen causa. Estas razones, sin embargo, no pueden jugar nunca para restringir la legitimación en el juicio de amparo, que habrá de situar en la fase de admisión el filtro para rechazar aquellas demandas carentes de relevancia o basadas en motivos espurios. Se trata, en definitiva, de encontrar el difícil punto de equilibrio entre las dimensiones objetiva y subjetiva del amparo constitucional.

Acabo. Hace ahora treinta años, en 1977, el maestro Fix-Zamudio se lamentaba de que –cito textual– «los jueces latinoamericanos no han podido ejercer sus atribuciones constitucionales tanto por el temor que experimentan frente a un ejecutivo predominante y absorbente como a causa de los subterfugios a que recurren los gobernantes para obviar incómodas intervenciones judiciales tanto en la garantía de los derechos fundamentales como en el examen de constitucionalidad de las leyes [...]». La situación, afortunadamente, ha cambiado mucho, y para bien. La normalidad democrática –a salvo de algunos sobresaltos recientes– parece haberse instalado en nuestros países y el funcionamiento de las instituciones, incluidas las de la justicia constitucional, responde a los estándares del Estado constitucional. Consolidada en buena medida la ciudadanía política, se trata ahora de perfeccionar la civil y de dar un impulso a la ciudadanía social. Y en esta perspectiva de avance en la cohesión social, los Tribunales, Cortes y Salas constitucionales tienen un importantísimo papel como garantes últimos de los derechos ciudadanos y como protagonistas privilegiados de una suerte de «diálogo» con el legislador en el que, en ejercicio de su función, de control no pueden nunca convertirse en actores políticos de los mandatos constitucionales. Se trata de evitar la situación en la que, como propuso el Presidente Roosevelt en 1936, en un contexto en el que el Tribunal Supremo de los EE. UU. invalidaba la legislación social aprobada por la mayoría política del momento, *haya que salvar a la Constitución del Tribunal Constitucional*. Nada más. Muchas gracias.



7.2

El acceso a la Justicia como factor de gobernabilidad

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ

Asesor principal, Oficina del BID en Europa

Sumario: 1. Introducción.—1.1 El punto de partida de la relación.—1.2 Los sistemas de justicia reflejan los atributos de los sistemas políticos.—1.3 La dimensión social de la reforma del sistema de justicia.—1.4 La patología de la falta de acceso a la justicia.—1.5 La patología de la exclusión legal, jurídica y judicial.—1.6 La utopía de democratizar la justicia.—1.7 El reto de la descentralización de la justicia.—1.8 La prioridad de identificar la demanda de necesidades jurídicas.—1.9 La urgencia de otros actores para la reforma.—1.10 El lenguaje y la efectividad de los derechos.—1.11 El rol del juez para combatir la exclusión social.—2. Bibliografía

230

1.

INTRODUCCIÓN

En América Latina, el acceso efectivo al servicio público de la justicia es uno de los problemas con mayor contenido político, porque involucra un conjunto de variables insertas en el corazón del sistema político, como son la eficacia del principio de igualdad ante la ley y de acciones institucionales que impliquen la lucha contra la exclusión y la discriminación. El alcance conceptual contemporáneo que tiene el acceso a la justicia lo ubica privilegiadamente en el marco de la equidad porque se considera que la justicia no puede reproducir o acrecentar las desigualdades económicas y de oportunidad (Cappelletti, 1996).

Ello se traduce en últimas en un problema de ausencia de derechos efectivos, cuya relación con la exclusión social tiene unas dimensiones muy pre-

Informes de invitados



ocupantes en la región latinoamericana, pues reproduce los factores de marginación y fragmentación social que, en buena parte de los casos, acompañan a los sectores menos favorecidos de la población. De allí que el acceso a la justicia deba centrarse en el derecho de los sectores más vulnerables de hacer uso de instituciones judiciales, de mecanismos no jurisdiccionales y de servicios de asistencia legal para resolver conflictos.

1.1 El punto de partida de la relación

La democracia liberal está basada en un Estado de Derecho que procura la igualdad política y legal y la sujeción de la acción pública a la ley. En ese contexto, la igualdad debe ser redefinida y reafirmada como la observancia de los derechos fundamentales. La esencia de la democracia en términos de su calidad estará determinada por la observancia de tales principios. En ello recae su eficacia y validación.

Pese a que el acceso a la justicia es un elemento central de la estrategia de reforma del sector justicia con la mayor potencialidad real de generar resultados sociales, no ha sido abordado con la centralidad que amerita el tema. Después de una década y media de reformas de los sistemas de justicia en la región, no aparece clara la prioridad que un asunto como éste tiene en la lucha contra la fragmentación social. Por fortuna se han superado los debates retóricos que cifraban esta problemática entre «usuarios» de un servicio y «titulares» de unos derechos que deben ser ejercidos (BID, 2000), para concluir que uno de los objetivos esenciales de la estrategia de fortalecimiento del poder judicial va dirigido a la protección de los derechos de aquellos que carecen de poder y capacidades.

Dicho acceso constituye la puerta de entrada del ciudadano —o de quien cree serlo— al reconocimiento efectivo de sus derechos, que debe implicar capacidades reales para el ejercicio de los mismos (Nussbaum, 2006). Las capacidades que cubren el terreno que ocupan tanto los derechos llamados de



primera generación (las libertades políticas y civiles) como los derechos de segunda generación (los derechos económicos y sociales). Este enfoque de capacidades se convierte en la herramienta más importante para luchar contra la exclusión, en la medida en que no se debe reconocer que una sociedad es justa e inclusiva a menos que se hayan alcanzado las capacidades correspondientes para satisfacer las necesidades básicas.

En América Latina, porque se trata precisamente de un asunto esencial de efectividad y realización de los derechos de la gente –y no sólo de simples oportunidades sino de habilidades ciertas– la falta de tutela judicial efectiva ha sido su talón de Aquiles. Al punto que la inexistencia de condiciones favorables para que ello sea un hecho, pueda equivaler a una denegación de justicia. Aunque como se verá a lo largo de estas reflexiones, la solución al problema no viene exclusivamente por el lado de las competencias estatales.

Por todo lo anterior, el acceso a la justicia es un factor clave para lograr el desarrollo fundado en la lucha contra la desigualdad y en la búsqueda de la cohesión y la inclusión social. Sin embargo, en la región latinoamericana, no ha habido reales políticas públicas de acceso a la justicia en marcha, porque su prioridad no se ha determinado en función de un esfuerzo integral y transversal que conciba el sistema de justicia como un todo y comprometa en su realización a un sinnúmero de actores distintos de los estatales. Ha habido esfuerzos aislados y poco focalizados que no han tenido como objetivo principal los sectores excluidos del servicio público de la justicia.

1.2 Los sistemas de justicia reflejan los atributos de los sistemas políticos

La ausencia de igualdad ante la ley deslegitima el Estado de Derecho y lesiona de manera grave el sistema democrático. Al mismo tiempo, la existencia de barreras estructurales institucionales o extrainstitucionales para el



acceso al servicio público de la justicia se deriva de la desigualdad en la distribución de los factores de poder dentro de las sociedades. La ausencia de voz y representación de quienes no pueden acceder al sistema, se traduce normalmente en déficit de derechos y de resolución de las necesidades jurídicas de la gente. Su convivencia con un régimen democrático es una patología que debe combatirse desde la base.

Las informalidades –positivas y sobretodo negativas– de los sistemas políticos se reflejan claramente en los sistemas judiciales. En sociedades cohesionadas y democráticas, el proceso de definición de las políticas públicas debe responder al principio básico de incluir a los afectados en el proceso de elaboración y deliberación de las mismas. Un postulado que parece tan elemental ha sido tradicionalmente ignorado de los escenarios de interacción entre el Estado, el Mercado y la sociedad civil en América Latina. Ello es así, porque sistemas legales y judiciales estables, accesibles y confiables, son usualmente encontrados donde el sistema político es igualmente estable, representativo y fuerte.

Los ribetes excluyentes de las instituciones –formales e informales– afectan su legitimidad, su capacidad para contribuir a la construcción de sociedades cohesionadas y su supervivencia. El funcionamiento deficiente de las instituciones es problemático porque atenta contra el valor intrínseco de la democracia de expandir el rango de posibilidades, capacidades y opciones abiertas a los ciudadanos (Sen, 1999). Ello adquiere rasgos más críticos si se predica de las instituciones legales y judiciales que por antonomasia deben ser incluyentes y accesibles en un Estado democrático de Derecho.

Un país con un sistema político débil y fuertes inequidades de riqueza y poder no desarrollará un sistema legal y de justicia capaz de identificar esas deficiencias. Por lo tanto, cualquier intento de reforma legal y judicial importante debería incluir también una reforma del sistema político; pese a que los políticos tienen incentivos muy bajos para invertir tiempo y esfuerzos en reformas judiciales y legales porque no producen resultados electorales inmediatos. La lucha contra la exclusión por la vía del acceso efectivo a la justicia,

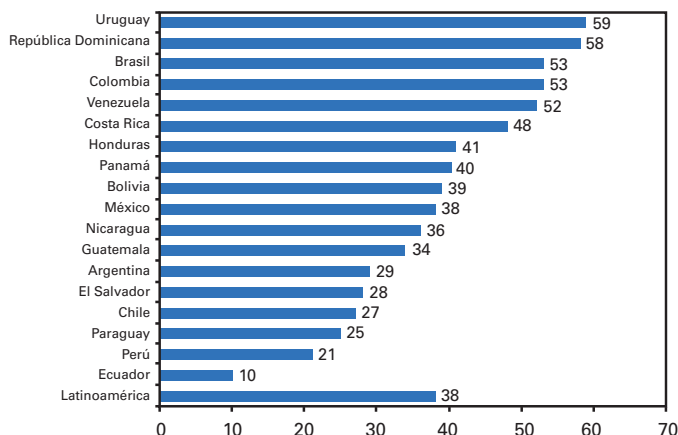


sin embargo, puede generar beneficios políticos hoy desconocidos para los profesionales de la política, por el gran impacto social que pueden generar. La falta de entusiasmo también se explica porque el aumento de la independencia y la autoridad del sistema judicial, disminuyen sin duda el poder discrecional que tienen los políticos, pues son factor de rendición de cuentas y de «responsabilización» frente a los ciudadanos.

EVALUACIÓN DESEMPEÑO DEL PODER JUDICIAL

TOTALES POR PAÍS 2006

*P. ¿Cómo evalúa Ud. el trabajo que está haciendo el poder judicial? Muy bien, bien, mal, muy mal o no sabe lo suficiente para opinar *Aquí sólo 'muy bien' más 'bien'*



Fuente: Latinobarómetro 2006. n=20.234.



Dentro de un Estado democrático de Derecho, la responsabilidad de garantizar el ejercicio y reconocimiento de la ciudadanía recae en las instituciones. En ese orden de ideas, la debilidad de las instituciones políticas –que incluye el poder judicial– pone en entredicho los derechos y las libertades; al paso que la baja eficacia para procesar las demandas sociales –léase cumpli-



miento de derechos sociales en América Latina— genera una falta de legitimidad política. En consecuencia, al organizar el poder y apalancar el conflicto social, las instituciones calibran el impacto de las transformaciones económicas en el sistema político y las implicaciones del cambio político y social en el sistema económico. Como puede verse en el cuadro anexo, las evaluaciones que hacen los latinoamericanos frente a su poder judicial son críticas.

En suma, los desequilibrios sociales y las transformaciones económicas reclaman una mayor institucionalización de la vida política, que permita derribar barreras y obstáculos estructurales que limitan el acceso a la justicia, máxime cuando los factores de exclusión se han recrudecido a través de la forma en que se ha hecho la política en América Latina (Thorp, 2007).

1.3 La dimensión social de la reforma del sistema de justicia

El Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades no sólo para romper el círculo vicioso de los déficit de la democracia y la desigualdad, sino también para evitar la fatiga con la democracia y la propensión a desconfiar de sus instituciones políticas y desconocer la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las obligaciones en materia de derechos fundamentales de las instituciones políticas deben consistir en institucionalizar políticas a favor de los excluidos y aplicar procesos de formulación de políticas que garanticen, entre otros, el derecho de los excluidos a participar. Dicha participación será un dispositivo importante para identificar por ejemplo las demandas de quienes se sienten «fuera» frente al sistema de justicia.

El sistema de justicia en la casi totalidad de los países de la región ha sido selectivo, excluyente y discriminatorio. Hoy ya se reconoce que el costo económico y social de la incertidumbre legal es muy alto para todos los sectores de la



sociedad, pero es relativamente más alto para los pobres y excluidos, quienes tienen mayores dificultades en lograr ser parte de la economía formal como consecuencia del alto riesgo que acompaña la inhabilidad del sector informal de depender del sistema formal de justicia. En consecuencia, no es posible lograr crecimiento sostenible y equitativo sin progreso en una justicia equitativa y accesible. No es una coincidencia que el programa bandera de cohesión social de la Comisión Europea en América Latina –EUROsociAL– incorpore los temas del acceso a la justicia como esenciales a la hora de propiciar el intercambio de experiencias en políticas públicas de cohesión social (Sanahuja, 2007).

Los sistemas informales de justicia no han sido objeto de análisis de la estrategia de reforma de la justicia; ni desde lo normativo ni desde lo institucional. En la informalidad legal y judicial –o quizá extrajudicial, que muchas veces puede estar en la frontera de la ilegalidad–, se expresan la inequidad, la exclusión y la discriminación, sobre todo en aquellas áreas que tienen que ver con los derechos de la persona y sus bienes, donde se abre el espacio para una economía informal que recurre a una sistema de justicia igualmente informal. La alternativa es clara: evitar los conductos institucionales formales del sistema de justicia para resolver sus controversias.

El argumento se robustece si se trata de los derechos económicos y sociales. Como ya se ha enfatizado, los derechos sociales deben ser exigibles y tutelables y ello no va a ser posible sin tener abierta la puerta del acceso al sistema de justicia. Aún en Europa abundan los ejemplos, como es el caso de movimientos informales de ocupación de viviendas para los «sin techo», que han comenzado a crearse con gran visibilidad en coyunturas electorales. Ello ha llevado a que respecto del derecho a la vivienda, por ejemplo, en Francia y España en la actualidad se debatan instrumentos normativos para convertirlo en un derecho garantizable, mientras en otras latitudes se cree que esa debe ser una tarea para la Jurisdicción constitucional a la hora de definir elementos de las necesidades básicas insatisfechas de los ciudadanos. Parece hoy justo que las constituciones de todo el mundo comiencen a reconocer el derecho a la vivienda como un derecho constitucional. La fuerza de las realidades de

hecho —generalmente informales— así lo exige, abriéndose paso en el camino a veces rígido de la formalidad de las instituciones establecidas.

1.4 La patología de la falta de acceso a la justicia

La informalidad referida frente al sistema legal y judicial, producto muchas veces del no-acceso, resulta a su vez en una falta de acceso al crédito, la propiedad y los sistemas formales de producción y trabajo. Sin olvidar derechos tan elementales como el derecho a la identidad (BID, 2007). Los grupos más vulnerables de la sociedad como las mujeres, los indígenas, los menores, los migrantes, los discapacitados, los campesinos, la población reclusa en general y los pobres, van a ser las primeras víctimas de este déficit de ciudadanía.

Un axioma que se ha apoderado del ejercicio del derecho y de la justicia en la región dramáticamente lo describe: el Derecho civil para los ricos y el Derecho penal para los pobres. No resultaría difícil demostrar que dentro de la medición de las necesidades básicas insatisfechas de los ciudadanos, la falta de acceso al servicio público de la justicia se potencia con la imposibilidad de solventar otras necesidades básicas, como la salud, la educación y la vivienda.

Si la administración de justicia debe ser un medio para la búsqueda de la equidad y de la igualdad formal ante la ley, la negación o el olvido de las desigualdades económicas y de oportunidad que inciden en el acceso, son un incumplimiento de unos de los componentes del mandato de la función estatal de impartir justicia (BID, 2000). Y allí existen barreras y obstáculos formales e informales que tienen que ver con la geografía y el territorio; con la capacidad económica; con problemas de percepción de la ciudadanía, como la convicción de que acudir a los tribunales es una pérdida de tiempo y de recursos que no conduce a nada; y aun con la duración de los procesos que vuelve inoportuna la solución judicial retardada.

En el marco de la reforma de los sistemas de justicia en América Latina, que ha sobredimensionado la dimensión penal, se han fortalecido las fiscalías,



por ejemplo, pero no el sistema de defensa pública. De esa manera se ha propiciado un gran desequilibrio entre la acusación y la defensa que debe ser restablecido de alguna manera. Ello termina igualmente repercutiendo en la tasa de reos sin condena que obedece entre otras causas a la ausencia de una defensa oportuna e idónea de muchos sindicados en el sistema de justicia penal. De otra parte, las Defensorías del Pueblo son instituciones jóvenes, frágiles en la mayoría de los casos y muy vulnerables a los contextos políticos. Su sostenibilidad hacia el futuro va a depender del grado de acatamiento que reciban las recomendaciones, resoluciones o dictámenes que emitan en su función de garantía de los derechos humanos (Guedán e Iraizoz, 2006).

La fallida política penitenciaria: Multiplicador de la exclusión

La situación del sistema penitenciario es uno de los aspectos más críticos de la gobernabilidad en América Latina, de la crisis de seguridad ciudadana y de las necesidades de reforma judicial que caracteriza a la gran mayoría de los países de la región. Si se pretende encarar una acción sólida e integral en este campo, la cuestión penitenciaria no puede resultar ajena a un esfuerzo de política pública que apunte a crear canales de acceso a la justicia. Pero si ésta se limita a las mejoras de infraestructura carcelaria, de por sí muy necesaria, sin que venga acompañada de reformas sustantivas de carácter integral tanto del sistema de justicia penal como de seguridad pública, esa mejora puede fácilmente caer en el vacío y esa inversión puede llegar a tener efectos contrarios a lo pretendido.

En América Latina, las cárceles siguen llenas de reos sin condena por falta de asesoría legal. La tasa de detenidos en prisión preventiva en muchos países de la región latinoamericana supera el 70%; es de un 79% en Honduras, 72% en Uruguay y 70% en Ecuador sin sentencia firme. En España y Francia es del 30% y en Inglaterra del 20%. Ello supone el desconocimiento de la garantía universal de la presunción de inocencia. Además, la violación de derechos humanos dentro de los centros penitenciarios lleva a que el tratamiento sea calificado en algunos casos como «tratos inhumanos, crueles y degradantes» ante las deficiencias en materia de servicios básicos en los centros penitenciarios. Mayor anomalía relacionada con la falta de acceso y exclusión del sistema legal es difícil encontrar.

En la región latinoamericana, los reclusos sin condena deben convertirse en la excepción y dejar de ser la regla. Ello implica mejorar las condiciones de los internos preventivos y asegurarles el asesoramiento jurídico necesario que hoy no existe. Asimismo, debe garantizarse el establecimiento de sistemas separados de justicia correccional para los menores de edad. Cualquier intervención en este campo, debe acompañarse de una reforma del sistema de justicia criminal con penas y sanciones alternativas para delitos leves. El desarrollo de condenas alternativas o la creación de un servicio de libertad condicional también debe ser parte de una estrategia para garantizar que las alternativas reemplacen la prisión y respeten los derechos ciudadanos. Ello requiere el apoyo de la opinión pública y del poder judicial.

Un grupo que apenas ha comenzado a merecer la atención del sistema de justicia penal son las víctimas. La entrega de poderes a las fiscalías o a otras instancias para la protección de las víctimas y toda la reflexión sobre la denominada justicia restaurativa, es un elemento nuevo dentro de la política de reforma de la justicia penal que busca hacer justicia con quienes eran considerados como «invisibles» frente al sistema judicial. Los programas de justicia restaurativa promueven la participación directa de la víctima; el infractor y los miembros de la comunidad para que junto con el Estado puedan dar una respuesta frente a un conflicto generado por la comisión de un delito.

En suma, las diferentes iniciativas tendentes a reforzar los derechos y garantías de todos los ciudadanos deben exigir que los consideren a todos ellos como actores del proceso. Muchos creen, por ejemplo, que la base del problema ha sido que los ciudadanos han entregado en monopolio a los abogados la defensa de sus derechos y su protección ha quedado en entredicho.



1.5 La patología de la exclusión legal, jurídica y judicial

La vulnerabilidad, la falta de voz, la ausencia de derechos y la impotencia que traen consigo la pobreza y la exclusión implica ver y atender los procesos extra o supra económicos que las determinan para apuntar a sociedades verdaderamente cohesionadas. La etiología de la desigualdad en nuestra región no sólo debe apuntar al análisis ya clásico de las estructuras de propiedad, sino a replantear las estructuras de poder que han propiciado el círculo vicioso de una democracia con falencias en lo social que acentúan la fragmentación (Thorp, 2007). Por ello resulta tan claro que la exclusión social atenta permanentemente contra la calidad de la democracia y contra su legitimidad.

Para segmentos de la población marginada debido a su ubicación geográfica, género, edad, condición física, etnia o estatus socioeconómico, la irrelevancia de sus demandas frente al sistema genera una gran desconfianza. Son pocas las acciones designadas a asegurar que todos los ciudadanos puedan solucionar sus disputas ante una autoridad habilitada para tomar «decisiones que obliguen» a un costo razonable, y a través de un proceso que está dentro de su alcance. Ello es simple y llanamente privación de derechos.

Desde otro ángulo, debe prestarse también atención tanto a la estructura desde la que operan funcionarios judiciales como a la forma de interacción entre jueces, fiscales, defensores públicos y policías de investigación dentro del proceso penal. Jueces y magistrados en la región centroamericana, por ejemplo, perciben que los mayores problemas de acceso vienen de los elevados honorarios de los abogados particulares, la falta de defensores públicos, el elevado coste de los desplazamientos debido a la geografía, la falta de más juzgados, el desconocimiento de los derechos básicos por parte de los ciudadanos y el desconocer cómo reclamarlos ante las autoridades judiciales (U. de Salamanca, 2004).

Los procesos de establecimiento, mantenimiento, mejoramiento y ampliación de sistemas de asistencia legal se llevan a cabo de diversas for-



mas en el mundo, respetando diversos modelos y en circunstancias muy diferentes. No obstante, comparten metas comunes relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y con la protección de los intereses sociales (Biebesheimer y Cordovez, 1999). En la región, el establecimiento de un sistema de defensores públicos y servicios gratuitos de asesoría legal ha sido una pieza marginal y desvertebrada de la estrategia. Lo propio puede decirse del rol del Ombudsman o Defensor del Pueblo en muchos casos.

Exclusión social, inequidad y violencia

Un caso concreto de las implicaciones de la exclusión es el debate que pretendió establecer una correlación entre los niveles de pobreza y las tasas de criminalidad. Si las correlaciones se dieran tan puntualmente como algunos lo predicaban, la criminalidad de los Estados Unidos, que es cuatro veces superior a la de Europa y Canadá, implicaría que los niveles de desarrollo y crecimiento económico fueran en Estados Unidos muy inferiores frente a estas últimas.

Ello se trae a colación porque, aparte del grado de desarrollo y de los niveles de pobreza, nunca deben desestimarse el impacto que tienen la multiplicidad de variables que intervienen en este problema. De hecho, en América Latina los países más pobres de la región no son necesariamente los más violentos, ni los más desarrollados son necesariamente los menos violentos. Sin embargo, que esa relación no sea lineal no pone en cuestión las evidentes repercusiones que tienen la inequidad y la violencia social generada por la exclusión, como factor de criminalidad. Por no mencionar la falta de capacidad para hacer cumplir derechos y obligaciones o para juzgar eficazmente e imponer sanciones para frenar el crecimiento del crimen y otras amenazas para la seguridad de los ciudadanos.

1.6 La utopía de democratizar la justicia

Por principio, la construcción de la justicia como sistema social supone que el mejoramiento en el acceso a la justicia no implica solamente dotar a



los sujetos del sistema de las herramientas para lograr la atención de la administración de justicia sino que exige condiciones básicas de vida que le permitan al ciudadano el ejercicio de sus derechos sin necesidad de enervar la acción del Estado por medio de un pronunciamiento judicial (Ossa, 2002).

Sin embargo, la «sed de derechos» que golpea la puerta de la Jurisdicción constitucional en muchos de los estados latinoamericanos, de alguna manera remite la garantía de esas condiciones básicas de vida a la intervención de una autoridad judicial. Se ha recurrido a la válvula de escape de tutelas, amparos y recursos de protección para lograr a través de la Jurisdicción constitucional lo que no se ha logrado en décadas por la vía judicial ordinaria. La popularidad de dichos mecanismos es hoy incuestionable, en el nivel de la opinión pública (Cepeda, 2005).

Sistemas de justicia con baja credibilidad e inequidad que niega o limita el acceso a vastos segmentos de la población encuentran hoy expresiones institucionales que entregan responsabilidades sociales a las autoridades judiciales. El litigio por los derechos sociales se ha convertido en verdadera «revolución de derechos» en países caracterizados por la exclusión, la pobreza y la escasez de recursos económicos para los programas sociales (Gargarella, 2006).

El denominado activismo judicial pro pobres ha intentado alterar estructuras de desigualdad y poder al punto que muchos cuestionan la idoneidad del poder judicial para imponer al poder ejecutivo el cumplimiento de prestaciones sociales. Para otros, ha sido un factor preocupante de congestión de los despachos judiciales. Aunque, como alguien ha dicho con lucidez, hablar de ello en la región latinoamericana «se asemeja a preocuparnos por la indigestión cuando no se ha resuelto el problema del hambre» (Méndez, J., BID, 2000).



Todo ello sin ignorar que el denominado activismo constitucional de contenido social en contextos de pobreza y exclusión como es el caso de América Latina rebasa las consideraciones teóricas desarrolladas en otras latitudes y pone a los jueces constitucionales latinoamericanos frente a retos de interpretación formidables, porque deben defender al tiempo la fuerza formativa de los derechos sociales, en realidades que hacen problemática la aplicación de esos mismos derechos (Uprimny, 2006).

1.7 El reto de la descentralización de la justicia

A pesar de que la descentralización es una de las macro tendencias políticas de la región, los sistemas de justicia y los poderes judiciales continúan siendo excesivamente centralizados, jerárquicos y verticales en sus estructuras administrativas, así como en el proceso mismo de toma de decisiones.

En el marco de los niveles de la acción del Estado, la vigencia del acceso a la justicia está ligada al poder local, a la descentralización y a la informalidad propia de sistemas jurídicos y judiciales cercanos a la vida en comunidad. Como puede con facilidad demostrarse, la naturaleza, características y magnitud de las necesidades jurídicas insatisfechas de la población se agudiza precisamente en la denominada base de la pirámide que tiene connotaciones locales.

Los programas de acceso a la justicia constituyen reales herramientas de descentralización del servicio público de la justicia. Desde el punto de vista institucional, la creación de casas de justicia, centros de administración judicial y de resolución de disputas, módulos básicos de justicia itinerante, juzgados corporativos y consultorios jurídicos en el nivel local y municipal contribuyen eficazmente a reducir los «factores de riesgo» asociados a la debilidad del Estado de Derecho, a la ilegitimidad del gobierno y al círculo vicioso de la impunidad.



La caja de herramientas del Acceso a la Justicia contra la exclusión

- * La prestación de *asistencia legal para las personas excluidas*, desprotegidas o de escasos recursos es un tema prioritario dentro de la agenda de reforma del sector.
- * La modernización de procedimientos legales para disminuir barreras y costos de acceso o aun la gratuidad, incluyendo normativas de simplificación.
- * Nuevas formas de *conocimiento del derecho y de enseñanza del mismo* pues no ha habido una reconciliación entre la enseñanza tradicional del derecho y las nuevas funciones indiscutiblemente sociales que hoy cumplen los jueces y los abogados al abrir las compuertas del sistema de justicia a quienes han estado excluidos por décadas.
- * El trabajo no sólo en la justicia penal sino en la *justicia civil y de familia, laboral, agraria y de vivienda*, que ha quedado siempre marginalizada dentro de la estrategia de reforma del sector justicia (DeShazo, 2006).
- * La promoción de educación cívica básica y legal con respecto a instituciones judiciales, procedimientos en las cortes, y derechos básicos de los ciudadanos, incluyendo entrenamiento en resolución alternativa de conflictos en escuelas y organizaciones de la sociedad civil; revaluando una concepción autoritaria del derecho.
- * Las iniciativas de *profesionales en derecho que en forma particular y gratuita* brindan servicios a poblaciones excluidas o desprotegidas.
- * El empoderamiento de las comunidades para hacer *efectivo el uso alterno del derecho* como garantía de acceso a la justicia. Prácticas como la de agentes comunitarios de justicia y promotores legales populares propician un liderazgo comunitario clave para obtener resultados.
- * Es necesaria la definición de una instancia de planificación, gestión, articulación y monitoreo de las políticas públicas en esta materia. La organización de una red de instituciones de acceso permite realizar una tarea de coordinación entre las mismas. Los Ministerios de Justicia de la región no cumplen con esta función que es propia del poder ejecutivo.
- * Un gran *esfuerzo de focalización de las políticas de acceso* en los grupos más vulnerables y desprotegidos de la sociedad.
- * Examen del funcionamiento de Jurisdicciones especiales para comunidades indígenas reconocidas en la legislación de algunos de los países de la región.



Es hora de transformar los modos de operar de la justicia rural y urbana que correspondan con la prestación de cualquier otro servicio público esencial y dar cabida a mecanismos de desjudicialización que sirvan como la mediación, la negociación, la conciliación, el arbitraje, la justicia comunitaria y de sistemas formativos e instancias tradicionales de aplicación de los mismos y todos aquellos que no implican la intervención de un Tribunal.

En materia de justicia local y comunal existe un gran rol para los ejecutivos locales. Además porque es muy difícil la articulación entre instancias federales, nacionales, regionales, departamentales, municipales y locales a la hora de prestar este servicio público. Por ello, el fortalecimiento de las secretarías de justicia y seguridad a nivel local es factor clave de acceso a la justicia así como de la lucha contra la inseguridad ciudadana. Se trata de fomentar instancias coordinadoras de la justicia local que deben estimular el abandono de la cultura del litigio y la instauración de la cultura del diálogo y la convivencia. En ese campo, la Justicia de Paz, por ejemplo, ha tenido un desarrollo muy incipiente pues no ha habido claridad sobre la prioridad de su fortalecimiento (Parra, 2007). A la orden del día se encuentran también en ese ámbito, estrategias de pedagogía de tutelas y acciones colectivas y de clase en la justicia local que para otros analistas constituyen excesos dignos de ser controlados.

1.8 La prioridad de identificar la demanda de necesidades jurídicas y judiciales

Un sistema de justicia moderno, accesible y equitativo debe mostrar una oferta de servicios establecida sobre las necesidades reales de la población. Y para ello se requiere un sistema de diagnóstico eficaz, sistematizado y permanente (PNUD, 2006). Porque el ciudadano muchas veces no identifica una necesidad de protección o de garantía por desconocimiento del contenido o



alcance de sus derechos o por desconocimiento de la obligatoriedad de la acción de protección o de prestación de servicios por parte del Estado.

Hoy resulta claro que entre las necesidades jurídicas que afectan en mayor medida a la población más vulnerable se encuentran las relacionadas con el registro, la vivienda, conflictos vecinales, el derecho de familia y el tema laboral. Y en cuanto al ámbito administrativo, son los sectores de la población más desfavorecidos los que se configuran como usuarios más necesitados de los servicios públicos. La puesta al alcance de los grupos desfavorecidos de prestaciones públicas que reviertan las dinámicas perversas de la exclusión resulta imprescindible.

La elaboración de un mapa de necesidades judiciales insatisfechas es un esfuerzo que serviría de brújula para señalarle una orientación al servicio público de la justicia que hoy vuela sin mucho norte. Las señales que hoy envían los ciudadanos que han estado excluidos del sistema apuntan en esencia a la búsqueda de la efectividad en el cumplimiento de los derechos sociales.

Por ende, la necesidad de adoptar políticas efectivas para garantizar las condiciones de universalidad y equidad en el acceso a la justicia también tiene que ver con la redefinición de los asuntos prioritarios que deben ocupar al aparato de justicia, despojándolo de la intervención en conflictos de interés exclusivo de las partes intervinientes, en cuyo desarrollo no se comprometa la estabilidad social y que puedan ser subsanadas pacífica y naturalmente mediante otros mecanismos de resolución de controversias.

Así pueden reforzarse el acceso, la eficacia y la celeridad en la solución de aquellos conflictos que realmente trascienden la órbita privada con repercusión en la inclusión de sectores de la comunidad ausentes de la vida judicial. Por ello, las alianzas estratégicas público-privadas para promover los métodos alternos de solución de conflictos no pueden estar basadas en el



descrédito del Poder Judicial sino en la necesidad de la eficacia de ese servicio (Parra, 2007).

Las casas de justicia en Colombia

Una buena experiencia de aplicación y ejecución de mecanismos de justicia formal y no formal la constituyen estos centros multiagenciales de información, orientación, referencia y prestación de servicios de resolución de conflictos. El usuario es allí atendido de manera amable, eficaz y gratuita con una respuesta focalizada en sus inquietudes, basada en la acción coordinada y solidaria de sus funcionarios. A través de la presencia de diversos organismos estatales y privados se logra no sólo la presencia efectiva del Estado para la prestación del servicio público de la justicia, sino que también se han desarrollado de manera cada vez mas extendida los métodos alternos de solución de conflictos (PNUD, 2006).

1.9 La urgencia de otros actores para la reforma

247

La concepción científica y formalista del derecho, instaló la idea de que las discusiones en torno al derecho y a la justicia son de carácter técnico, y de que sólo los abogados están en condiciones de darlas (Binder y Obando, 2004). Ello ha sido indiscutiblemente un factor de exclusión y marginalidad de parte de quienes demandan servicios de justicia sin tener acceso a los mismos.

Las organizaciones de la sociedad civil –OSC– que incorporan al derecho y a la justicia como herramientas de reivindicaciones políticas y sociales, deben ser un actor crítico externo relevante para impulsar cambios sustanciales y promover la apertura de líneas innovadoras de acceso a la justicia. Sin embargo, se trata aun de un actor muy embrionario y extremadamente débil como para generar algún impacto. A veces, estas organizaciones no representan los intereses de los sectores más relegados de la población, sino a ciertas élites que tienen de por sí un mejor acceso a los mecanismos institucionales.



La sociedad civil, en general, y la mayoría de las OSC, especialmente aquellas que reúnen a los sectores más desaventajados, no han visualizado al derecho y a la justicia como una herramienta útil para concretar sus objetivos sociales. Pero las cosas han comenzado a cambiar y cada vez más veedurías ciudadanas y mecanismos de rendición de cuentas comienzan a aparecer.

La mayoría de las iniciativas de reforma que se han llevado a cabo han sido pensadas por y desde el sistema judicial (estrategia «de arriba hacia abajo»), teniendo en cuenta las necesidades que tienen los jueces y los abogados para cumplir con su labor, y lo que ellos consideran que es un mejor servicio para los ciudadanos. Es crítico fomentar una mayor transparencia en el sistema judicial a partir del fortalecimiento de la capacidad de las organizaciones informales para analizar críticamente y monitorear al sistema. Ello se puede llegar a traducir en mejoras a la hora de buscar el acceso y la inclusión ciudadana dentro del sistema de justicia.

1.10 El lenguaje y la efectividad de los derechos

El resultado de estas reformas planteadas «de arriba hacia abajo» y no desde la base local donde está la puerta de entrada del sistema, han dado lugar a derechos y mecanismos institucionales para ejercerlos que se suponen para todos, pero que en realidad sólo se encuentran accesibles para unos pocos.

Los derechos políticos y civiles y las libertades democráticas son trascendentes para el fortalecimiento de la capacidad de los excluidos y hacen parte de los deberes del Estado. Como ya se afirmó al comienzo de estas reflexiones, al definir el reconocimiento de los derechos como una herramienta para combatir la exclusión social, queda claro que un pueblo no tiene realmente derechos efectivos con la sola incorporación de este lenguaje en las leyes o con su proclamación retórica siempre presente en la historia legal latinoamericana, y sólo cabe considerar que los derechos le han sido reconocidos si



existen medidas efectivas para que las personas puedan actuar realmente en el nivel político.

Giddens sugiere que «la crisis de la democracia es que no es lo suficientemente democrática» y reconoce que se necesita una redefinición de los derechos y las obligaciones de los individuos (Giddens, 1998). De esa manera plantea la variante jurídico-legal que tiene una transformación institucional inclusiva e incluyente. Los derechos económicos y sociales son el incentivo y la recompensa de una economía sólida. Por eso cada vez más se reconoce la importancia de considerar los objetivos y políticas del desarrollo desde una perspectiva de derechos. La centralidad de los derechos económicos y sociales los coloca como un marco ético para las políticas de desarrollo donde coinciden la libertad y la igualdad.

El énfasis en las llamadas democracias electorales ha conducido a lo que bien se ha denominado «democracias iliberales» en las que la protección efectiva de los derechos ciudadanos se ve obstaculizada por el reglamentarismo legal que ha caracterizado a la región. Lo que deberían ser derechos, terminan siendo privilegios para una minoría, no sólo por los obstáculos en el acceso a la justicia sino también porque el acceso a ciertos privilegios es casi imprescindible para acceder a otros. Como bien lo señala la experiencia, el mercado de trabajo sirve de ejemplo: sin empleo formal no hay acceso a la salud ni a la protección social en la gran mayoría de países de la región. De ahí la importancia de identificar los procesos que en la actualidad favorecen la conversión de derechos en privilegios. En suma, la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos requiere una democracia incluyente, que proteja los derechos de las minorías, combata los privilegios y vele por la responsabilidad pública.

La tendencia global reciente apunta a concebir las normas jurídicas como herramientas democráticas dirigidas a promover los cambios que las sociedades exigen y resolver pacíficamente los conflictos, dentro de una óptica menos



formalista, orientada a la realización de la justicia por la vía del paquete de derechos que se entrega a la ciudadanía. Eso hoy es claro desde el proyecto de Constitución europea hasta los grandes cambios constitucionales en las nuevas democracias del mundo.

1.11 El rol del juez para combatir la exclusión social

El juez ha aparecido como un protagonista central de las nuevas realidades del cambio institucional, al trascender su función de aplicar la norma a través de una interpretación literal y restringida para ser catalizador de la efectividad de los derechos de los nuevos ciudadanos del sistema político. La figura del juez creador de derecho ha sido vivida por el hombre de la calle al experimentar resultados a la hora de la defensa, protección y garantía de sus derechos fundamentales. Por ello, hoy el poder de los jueces incomoda a algunos, a quienes molesta un juez como actor garante de la protección de los derechos instituidos y encargado de darle contenido social al derecho, para contribuir al perfeccionamiento de la administración de justicia.

Si la inclusión social, jurídica y política es la contrapartida de la globalización, la lucha contra la exclusión es ante todo un desafío político con claras consecuencias para el sistema de justicia; no técnico ni económico, que tarde o temprano se debería convertir en un pacto de Estado, objeto intenso de diálogo social y no en simple promesa de gobierno. Nunca sobra recordar que así como en materia macroeconómica es ya poco el margen que hoy tienen los Estados para moverse, es en el campo de la micropolítica de los derechos sociales de los ciudadanos donde se darán las grandes batallas para combatir la pobreza, la desigualdad y la exclusión.

Por todo lo anterior, los abogados y los jueces deben ser formados para ejercer el rol político y social institucional que el sistema requiere. Como ya se indicó, una reforma profunda de los programas académicos de las facultades



de derecho dirigida hacia ese objetivo, es una asignatura pendiente. La enseñanza del derecho, basada en la tradición del derecho civil y el formalismo jurídico, debe abrirse para jugar un rol más activo, no limitado a la aplicación de la ley y a la subordinación incondicional al poder legislativo. Al mismo tiempo, una mayor conciencia sobre la ciudadanía como titularidad de los derechos va a redundar en fortalecimiento de la ciudadanía y «empoderamiento» para encontrar caminos para salir de la exclusión.

La globalización y la democratización reclaman instituciones públicas que permitan ser el punto de partida de resultados económicos y sociales que la hagan inclusiva. La ola democratizadora en un mundo globalizado coincidió con las reformas económicas orientadas a la liberalización de los mercados. Ello ha supuesto creciente presión sobre los sistemas políticos, dado que ha implicado que parte de los débiles resultados del modelo económico en materia de crecimiento y lucha contra la pobreza se han imputado a la democracia. En parte se debe también a que la consolidación de la democracia ha pasado de una concepción minimalista y procedimental –elecciones periódicas y libres– a otra que sin ser maximalista pueda garantizar resultados económicos y sociales.

La lucha contra la exclusión social en América Latina tiene como objetivo la construcción de una ciudadanía, ajena a muchos por cuenta de la negación de los derechos fundamentales. Por ello no puede olvidarse que una auténtica cultura política democrática habilita al ciudadano para la participación política, no para sustituir las instituciones de la democracia representativa sino para complementarlas como camino hacia la inclusión y cohesión sociales.

En consecuencia, no ha sido producto del azar que el sistema de justicia haya sido el sector de las políticas públicas donde mayores transformaciones se han vivido durante la última década en América Latina. Una estrategia reformista que ha apuntado más allá de lo jurídico para involucrar al ciudada-



no común en el proceso de concepción, desarrollo y aplicación del Derecho, como herramienta de transformación de las realidades sociales.

2.

BIBLIOGRAFÍA

BIEBESHEIMER, C., y CORDOVEZ, C., *La justicia mas allá de las fronteras. Experiencias de reformas útiles para América Latina y el Caribe*, BID, Washington, 1999.

BID, *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio en siete países de América Latina*, BID e IIDH, San José, 2000.

BINDER, A., y OBANDO, J., *De las Republicas Aéreas al Estado de Derecho*, AD-HOC, Buenos Aires, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro, et. alt., *El Acceso a la Justicia: La tendencia en el movimiento mundial por hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

CARRILLO, F., *Democracia con Desigualdad*, BID y Comisión Europea, 2004.

Cepeda, M. J., «Judicialization of Politics in Colombia», en Sieder et alt., *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave, London, 2005.

Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos: *Documentos*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

DESHAZO, P., VARGAS, J. E., *Judicial Reform in Latin America. An Assessment*. Policy Paers on the Americas, volume XVII, Study. 2, september 2006, CSIS, Washington D.C.

GARGARELLA, R., DOMINGO, P., et alt., *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate, 2006.

GUEDÁN, M., e IRAIZOZ, M., *Las Defensorias del Pueblo, un puente entre la ciudadanía y el Estado en América Latina*, CICODE, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2006.



IDB, *Building Opportunity for the Majority*, IDB, Washington D.C, 2007.

JARQUIN, E., y CARRILLO, F., *La economía política de la reforma judicial*, BID, Washington D. C., 1995.

NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2006.

OSSA, E. Carlos, *Colombia entre la exclusión y el desarrollo*, Contraloría General de la República, Bogotá, 2002.

PARRA QUIJANO, Jairo, *Los métodos alternativos de Justicia*. Presentación realizada en el marco del Taller sobre evaluación de los procesos de reforma de Justicia en Ibero América, Madrid, 2007.

PNUD, *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia*, América Latina y el Caribe, Buenos Aires, 2005.

SANAHUJA, José Antonio, *La cohesión social en el marco del diálogo político Unión Europea-América Latina: visiones y perspectivas desde Europa*, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Madrid, 2007, sin publicar.

SEN, Amartya, *Development as Freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1999.

THORP, Rosemary, y BERGÉS, Amy, *The Historical Roots of Social Exclusion in Latin America*, documento presentado en Canning House, Londres, 2007, sin publicar.

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, *La justicia vista por los jueces: Diagnóstico del funcionamiento de los sistemas judiciales centroamericanos*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Salamanca, 2004.

UPRIMNY, Rodríguez y García, *Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2006.



Declaración Final



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

Declaración final

Las Delegaciones de los Tribunales, Cortes y Salas constitucionales participantes en la VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, reunidas en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, los días 28, 29 y 30 de noviembre de 2007:

1. Manifiestan su satisfacción por la organización, desarrollo y resultados de la reunión de la Conferencia, agradeciendo a la Corte Constitucional de Colombia el trabajo realizado para hacerla posible.
2. Expresan su firme compromiso con el objetivo básico consagrado en los Estatutos de la Conferencia de preservar y potenciar la independencia e imparcialidad de los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, así como de sus miembros, reiterando que es imprescindible el respeto por parte de todos, en especial de los poderes públicos, a su función jurisdiccional.
3. En cuanto al tema de trabajo de la Conferencia, «Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria», constatan la diversidad de sistemas de control de constitucionalidad y los diferentes modelos de articulación entre ambas jurisdicciones en sus respectivas competencias relativas a la defensa normativa de la Constitución y tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.
4. Comparten la conveniencia, en los países que cuenten con Jurisdicción constitucional especializada, de definir y fijar criterios de delimitación



de los ámbitos competenciales de la Jurisdicción constitucional y de la Jurisdicción ordinaria, a fin de conseguir una mejor articulación entre las mismas para el correcto desempeño de sus respectivas atribuciones jurisdiccionales.

5. Asimismo, en el punto referido a la revisión de resoluciones judiciales ante la Jurisdicción constitucional, se considera conveniente que en los modelos de Jurisdicción constitucional concentrada se garantice siempre el principio de subsidiaridad en las correspondientes vías de impugnación previstas en los diferentes sistemas.

6. Autoriza al Presidente de la VI Conferencia y al Secretario Permanente de la Conferencia Iberoamericana para proceder a la firma del Acuerdo de Cooperación con la Comisión de Venecia, con el propósito de establecer un intercambio de información entre las Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales miembros de la Conferencia y la citada Comisión en el ámbito jurisprudencial.

7. Acuerdan invitar con estatus de observador en las reuniones plenarios de la Conferencia al Presidente de turno de la Conferencia Europea de Tribunales Constitucionales, y se congratulan de la iniciativa de los Tribunales Constitucionales de Andorra, España y Portugal, miembros de la citada Conferencia Europea, de promover la invitación para participar en sus reuniones plenarios del Presidente *pro tempore* de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, con el mismo estatus de observador.

8. Apoya la iniciativa de creación de una Red Iberoamericana de Letrados y Asesores constitucionales, auspiciada por EUROsociAL, por considerarla un instrumento adecuado para favorecer la comunicación y cooperación entre los Letrados y Asesores, sin perjuicio de la libertad de cada Corte Suprema, Tribunal o Sala Constitucional para decidir lo conveniente en su respectivo ámbito territorial.

9. Agradecen y aceptan la propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de organizar la VII Conferencia Iberoamericana de Jus-



ticia Constitucional. Para ello la Secretaria Permanente prestará su apoyo a la citada Suprema Corte para la organización de la reunión.

En Cartagena de Indias, Colombia, a 30 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional de Andorra.

Tribunal Constitucional de Bolivia.

Supremo Tribunal Federal de Brasil.

Corte Constitucional de Colombia.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Tribunal Constitucional de Chile.

Tribunal Constitucional de Ecuador.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Tribunal Constitucional de España.

Corte Constitucional de Guatemala.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay.

Tribunal Constitucional del Perú.

Tribunal Constitucional de Portugal.

Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

Suprema Corte de Justicia de Uruguay.



Informe de la Secretaría Permanente



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

Informe que eleva la Secretaría Permanente de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional²⁶⁰ a su VIIª Reunión

Antes de comenzar el informe propiamente dicho, quisiera, a título personal, manifestar mis disculpas por no poder asistir a la reunión de la Conferencia. Razones de fuerza mayor me lo han impedido. Asimismo, debo manifestar mi agradecimiento a las instituciones y personas que han hecho posible la organización de la reunión misma y han cooperado con el trabajo de la Secretaría. En primer lugar hay que dejar constancia del trabajo desarrollado por los anfitriones, la Corte Constitucional de Colombia, que en todo momento ha demostrado su apoyo entusiasta a la organización de la reunión; a ella y a sus responsables se deberá el éxito de la reunión. En segundo lugar, quisiera también dejar patente la gratitud de la Secretaría, y la mía personal propia, por la constante ayuda del Gabinete de la Presidencia del Tribunal Constitucional español, a través de León de Latorre, y de la Secretaría General del mismo Tribunal, mediante la eficaz colaboración del Vicesecretario General, Miguel Ángel Montañés.

263

Sumario: 1. Aspectos institucionales.—2. Actividades desarrolladas.

²⁶⁰ Secretaría Permanente.



1.

ASPECTOS INSTITUCIONALES

1.1 Ratificación de los Estatutos

Como se recordará, algunos países integrados en la Conferencia no pudieron, por razones de fuerza mayor, acudir a la reunión de Santiago de Chile y, por tanto, no pudieron proceder a la firma de los Estatutos de la Conferencia que allí se aprobaron. No obstante, con posterioridad, Andorra y Honduras han formalizado su ratificación mediante sendas comunicaciones formales de los respectivos acuerdos de sus plenarios, dirigidas a la Secretaría; dichas comunicaciones se han unido al original de los Estatutos. En este momento, pues, sólo Panamá falta por ratificar los Estatutos.

264

1.2 Relaciones interinstitucionales

La Conferencia ha mantenido y ampliado sus líneas de colaboración con otras instituciones. A los frutos de esa colaboración se hará referencia luego; baste ahora con señalar cuáles han sido esas otras instituciones.

Por un lado se ha mantenido e intensificado el trabajo en el seno del programa EUROsociAL, de la Unión Europea, ejecutado por la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP). Por otro, también se ha continuado con la estrecha colaboración con la *Agencia Española de Cooperación Internacional* (AECI). A ambas instancias, a través de sus representantes, quiere también la Secretaría manifestar su agradecimiento no sólo por la colaboración sino, también, por la forma flexible en que ésta se ha desarrollado.



Por otro lado, también se han iniciado los contactos con la *Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*, como pone de manifiesto la presencia en Cartagena de su Presidente de turno, Sr. Egidijus Küris, Presidente del Tribunal Constitucional de Lituania.

Mención particular en este punto merece la relación establecida con la *Comisión para la Democracia a través del Derecho*, del Consejo de Europa (*Comisión de Venecia*), entidad con una gran experiencia, entre otras materias, en justicia constitucional. Es de destacar la presencia de su Secretario ..., Sr. Buguicchio. Como ya se informara en su momento, existe la posibilidad de que la Conferencia se incorpore como participante en los trabajos de la Comisión, y existe, incluso, un borrador de Convenio, que fue remitido en su día, pero que se adjunta como documentación anexa a este informe (anexo 1). También se ha elaborado un breve informe de las implicaciones prácticas que comportaría dicha incorporación (anexo 2). Como ya ocurriera en la anterior reunión de Santiago de Chile, la Comisión de Venecia también está presente en esta reunión de Cartagena de Indias. Obviamente, es una decisión soberana de la Conferencia proceder o no a incorporación a la Comisión de Venecia. A esta Secretaría sólo le corresponde, por un lado, informar positivamente sobre la misma por las ventajas que la Conferencia, en general, y sus miembros en particular, pueden extraer de la experiencia de Comisión de Venecia y, por otro, llevar a cabo el apoyo técnico que, en su caso, exigiría.

1.3 Relaciones intrainstitucionales

a) Cooperación horizontal

Por lo que se refiere al trabajo en el seno mismo de la Conferencia, se han seguido manteniendo e intensificando las relaciones de cooperación con sus miembros y las de éstos entre sí, bilateral o multilateralmente. Además, claro



está, de la organización misma de la Reunión de la Conferencia en Cartagena, baste como meros ejemplos el apoyo que tribunales, cortes y salas constitucionales han prestado a otros facilitando pasantías y visitas que contribuyen a completar la formación del personal que presta sus servicios en los órganos de justicia constitucional, o las habituales visitas, más o menos formalizadas, que se intercambian los magistrados de dichos órganos.

A este respecto procede reiterar que los miembros de la Conferencia cuentan con toda la colaboración de la Secretaría Permanente que deseen para organizar eventos, pasantías, colaborar en la ejecución de proyectos de cooperación, transmitir experiencias, etc.

b) Página web

Entre los instrumentos de trabajo que se están desarrollando desde la Conferencia hay que destacar el desarrollo de los instrumentos informáticos, en la línea actual de todas las instituciones. La Conferencia, como es sabido, desde su constitución cuenta con una página web (www.cijc.org). Recientemente se ha abordado un proceso de modernización y actualización de la misma, que se explica en una presentación específica. Baste ahora con destacar que el mantenimiento y máximo rendimiento de este instrumento de trabajo y comunicación depende, o más bien exige, de la colaboración activa y constante de todos los miembros de la Conferencia. Asimismo, y a través de la Secretaría, pueden hacerse todas aquellas sugerencias e indicaciones que se consideren oportunas para mejorar las herramientas de trabajo que ofrece la web.

c) Publicaciones

También como sucediera con la Reunión de la Conferencia de Sevilla, y sin perjuicio de la publicación virtual a través de la web, las actas de la reunión



de Santiago de Chile (2006) han podido recogerse en una publicación convencional, en un libro ya distribuido. Éste, como aquél, ha sido posible publicarlo gracias a la colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), que ha financiado la correspondiente edición.

Desde la Secretaría se harán gestiones para que las actas de la reunión de Cartagena puedan también verse reflejadas en un nuevo libro.

2.

ACTIVIDADES DESARROLLADAS

Citados ya los ámbitos de actuación ínter e intrainstitucional de la Conferencia, procede ahora dejar constancia de las actividades concretas que se han llevado a cabo y de los logros obtenidos, ordenándolas de acuerdo con la institución con que se ha trabajado.

267

2.1 Cohesión Social y acceso a la justicia (EUROsociAL-FIIAPP)

Como se recordará, y así se ha venido informando, el trabajo con EUROsociAL se ha concretado temáticamente, hasta ahora, en el ámbito del «Acceso a la justicia y la cohesión social», actuando la Conferencia como una de las Redes enmarcadas y con trabajo muy activo en dicho programa. Ello llevó, entre otras cosas, a la presencia activa de la Conferencia, a través de la Corte anfitriona colombiana (representada por Catalina Botero) y de la Secretaría (representada por Miguel Ángel Montañés) en el Taller de reflexión de redes sectoriales judiciales Latinoamericanas, celebrado los días 10 y 11 de mayo de 2007 en San Lorenzo de El Escorial, Madrid.



La Conferencia estuvo presente, también, en el II Encuentro Internacional de Redes EUROsociAL, «*Igualdad, Estado y Ciudadanía: los Pilares de la Cohesión Social*», que se celebró en Antigua (Guatemala), del 25 al 28 de junio de 2007, donde acudió el Magistrado Luis Fernando Solano, Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

A efectos de articular el trabajo con EUROsociAL, se recordará que se ha organizado en torno a otros dos ejes: geográfico (Centroamérica y Sudamérica) y de destinatarios (magistrados y asesores o letrados).

– Temáticamente.

Desde el punto de vista temático, los resultados de los intercambios de experiencias han sido muy positivos. Precisamente en la Reunión de Cartagena, y de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana y EUROsociAL, se ha considerado oportuno elaborar un documento, en cierto sentido de cierre, que recoja las conclusiones principales de este trabajo. Dicho documento se ha encargado por EUROsociAL al Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, y será presentado por el Dr. Alejandro Saiz Arnaiz, miembro del Instituto y Catedrático de Derecho Constitucional. La presentación de este sinforme ha dado pie a la incorporación a los trabajos de otra institución de gran prestigio, como es el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), e integrada también en EUROsociAL, que, a través de Fernando Carrillo Flores, participa en la discusión de las conclusiones. La Secretaría está convencida de que esta forma de trabajo será de una gran utilidad y permitirá en el futuro enriquecer los trabajos de la Conferencia.

El objetivo futuro es seguir trabajando en estos ámbitos temáticos, pero dando un paso más como es proyectarse sobre ámbitos más específicos. Para ello, se está diseñando un nuevo intercambio de experiencias sobre *Las garantías constitucionales de los grupos vulnerables: las personas privadas de libertad*.



Dicho intercambio tendrá lugar previsiblemente durante los primeros meses de 2008 en Buenos Aires. Las fechas y el cierre del programa están pendientes sólo de los últimos contactos con los anfitriones, la Corte Suprema de Justicia argentina.

El desarrollo de otras actividades en cooperación con EUROsociAL está pendiente, por otro lado, de la prórroga por la Comisión Europea de este programa. Si se confirmara dicha prórroga, la Secretaría trabajaría por seguir cooperando dentro del mismo, en la línea llevada hasta ahora y abriendo, eventualmente, otras líneas de actuación.

Por lo que respecta a las actividades desarrolladas, éstas se han concretado en el intercambio de experiencias. Así, destaca el seminario sobre *Justicia constitucional y acceso a la jurisdicción*, celebrado entre el 9 y 12 abril de 2007, en Lima, Perú. Se dirigió a Asesores y Letrados y contó con la inestimable y entusiasta colaboración del Tribunal Constitucional del país andino, que resultó decisiva para el éxito de la actividad.

Queda, pues, por celebrar en Buenos Aires el intercambio previsto para Magistrados, que se ha venido retrasando por problemas de agenda de la Corte argentina, pero que, como ya se ha indicado, tendrá lugar en los primeros meses de 2008, habiendo confirmado FIIAPP su financiación en el seno de EUROsociAL.

Dentro de esta colaboración conviene destacar que desde el comienzo de la colaboración en EUROsociAL se viene trabajando en la constitución de una Red de Asesores o Letrados, formada por quienes con tal carácter, prestan sus servicios en los órganos de justicia constitucional. Dicha red funcionaría como una especie de red «filial» o «adjunta» a la propia Conferencia, y serviría, sobre todo, para fomentar el intercambio de experiencias e información entre el personal técnico, lo que redundaría en la mayor calidad del



trabajo de los órganos de justicia constitucional, además de servir como infraestructura para abordar retos de trabajo ya planteados (piénsese, por ejemplo, en la actualización de la web o en la eventual cooperación técnica con la Comisión de Venecia). Existe, incluso una declaración de intenciones para su constitución y la previsión de que, si la Conferencia así lo estima oportuno, pudiera aprovecharse la reunión de Buenos Aires para formalizar dicha Red. En todo caso, como es obvio, ésta es una decisión que corresponde a la Conferencia, y, sólo adoptada dicha decisión, la Secretaría colaboraría para su ejecución.

2.2 Agencia Española de Cooperación Internacional

Como ya se adelantó, también desde la última reunión de Santiago de Chile, la Conferencia ha venido contando con la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Buena prueba de ello es la celebración misma de la reunión de Cartagena en el Centro Internacional de Formación de esta ciudad o la ya mencionada financiación de la edición de las Actas de la reunión de Santiago de Chile. De manera indirecta, también colabora AECI mediante su apoyo a algunos órganos de justicia constitucional de distintos países, financiando total o parcialmente actividades de formación, pasantía, seminarios, etc.

Hay que destacar especialmente que AECI, junto con la Conferencia y con el inestimable apoyo de la Corte guatemalteca, organiza y financia el seminario *Justicia Constitucional y Medios de Comunicación*, que se celebra en el CIF de Antigua la semana próxima. También razones de agenda han retrasado algo su celebración, pero finalmente va a llevarse a cabo.

El tema fue determinado a partir del interés manifestado por distintos miembros de la Conferencia y se desenvolverá en un doble sentido: el estrictamente jurisdiccional de la doctrina sobre «libertad de expresión», y el más

interno, organizativo y muy práctico de los mecanismos y forma de relación entre los órganos de justicia constitucional y los medios de comunicación.

Hasta aquí el resumen del trabajo llevado a cabo por la Secretaría de la Conferencia desde la última reunión y el breve apunte sobre futuras líneas de actuación. Para concluir no cabe sino reiterar la plena disponibilidad de la Secretaría para cualquier aclaración que se precise y para seguir trabajando a favor de la Conferencia.



Anexo

273

VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007



Acuerdo de Cooperación entre la Comisión de Venecia y la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional

Teniendo en cuenta que, desde su fundación, la Comisión de Venecia ha establecido la cooperación con las Cortes Constitucionales y entidades equivalentes con el fin de mejorar su capacidad para desempeñar sus funciones;

275

Considerando que a través de la base de datos CODICES la Comisión facilita intercambios constantes de información entre las Cortes que permiten una mutua inspiración y «fertilización cruzada»;

Teniendo en cuenta que los Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina y de la Península Ibérica se han venido reuniendo desde 1995 y que en el año 2005 establecieron la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional con el objeto de promover el intercambio entre ellas para fortalecer la justicia constitucional;

Considerando este interés común y en orden a iniciar un intercambio productivo en el tema del constitucionalismo, la Conferencia y la Comisión de Venecia suscriben el presente acuerdo de cooperación:



Artículo 1.º Aportes a CODICES

Los Tribunales, las Cortes y las Salas Constitucionales que son miembros de la Conferencia están invitados a contribuir a la base de datos CODICES. Para ese fin, designarán oficiales de enlace que presentarán la jurisprudencia constitucional más significativa de sus respectivas instituciones, como textos completos en el idioma original y como sumarios (précis) en inglés o francés para ser incluidos en la base de datos CODICES tres veces al año.

Cada corte asegurará que sean consistentes en la forma e indexados adecuadamente según el Tesoro Sistemático de la Comisión para que se puedan agregar a la base de datos sin procesamiento adicional.

La Comisión incorporará el Tesoro Sistemático en idioma español y portugués en la base de datos CODICES.

La base de datos reconocerá el aporte de la Conferencia.

Artículo 2.º Intercambio de publicaciones

Las Cortes miembros de la Conferencia podrán, si así lo desean, recibir publicaciones de la Comisión de Venecia (en la serie de la Ciencia y Técnica de la Democracia) junto con el Boletín de la Jurisprudencia Constitucional y el CD-ROM CODICES.

Las Cortes miembros de la Conferencia entregarán sus propias publicaciones de manera gratuita al Centro de Documentación multilingüe de Justicia Constitucional de la Comisión de Venecia con sede en Estrasburgo.



Artículo 3.º El Foro de Noticias de Venecia

La Comisión de Venecia permite el acceso al Foro de Noticias de Venecia a las Cortes miembros de la Conferencia.

Artículo 4.º Participación en las reuniones

Se invitará a un representante de la Conferencia a asistir a las plenarias de la Comisión y a las reuniones del Consejo Conjunto de Justicia Constitucional.

Se invitará a un representante de la Comisión a asistir a las reuniones de la Conferencia.

277

Artículo 5.º Vigencia y terminación del Acuerdo

Este Acuerdo tendrá una vigencia indefinida. Entrará en vigor una vez haya sido aprobado por las entidades competentes de las dos partes y haya sido firmado por los representantes de la Conferencia y de la Comisión.

Cualquiera de las Partes podrá terminar este Acuerdo mediante la notificación escrita enviada a la otra parte.

Hecho a Vilnius en inglés, en español y en portugués el 4 de junio de 2008.



Respuestas al cuestionario



VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
Cartagena de Indias, 28, 29 y 30 de noviembre de 2007

ANDORRA

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

281

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

Respuesta. La Constitución, en sus artículos 85 y 87, define los órganos de la Justicia que ejercen la potestad jurisdiccional. La *Batllia* de Andorra es una primera instancia agrupada en los tres ámbitos tradicionales de la jurisdicción: civil, penal y administrativa. La apelación de las decisiones que adopten los *Batlles*, como *Tribunal Unipersonal* o el *Tribunal de Batlles*, como jurisdicción colegiada, serán sustanciadas delante del *Tribunal de Corts*, en materia penal, o bien delante del *Tribunal Superior de Justicia*. El *Tribunal Superior de Justicia* se estructura en tres salas (civil, penal y administrativa), que cuentan con plena jurisdicción, con los medios para asegurar



adecuadamente la función reguladora del Derecho que pertenece, en otros países, al Tribunal de Casación. El órgano encargado de representar, de gobernar y de administrar la organización judicial y de velar por la independencia y el buen funcionamiento de la Justicia es el *Consell Superior de la Justícia*.

La potestad constitucional es ejercida por el Tribunal Constitucional andorrano que es el intérprete supremo de la Constitución. Es un órgano autónomo, independiente y garantiza la jerarquía normativa superior sobre el resto del ordenamiento jurídico a través de resoluciones y sentencias dictadas en los procedimientos y procesos regulados por su Ley Cualificada. La jurisdicción del Tribunal Constitucional se extiende a todo el territorio del Estado andorrano, es superior en su orden y en el ejercicio de sus competencias determinadas por la Constitución y la Ley Cualificada del Tribunal Constitucional, sus decisiones vinculan a los poderes públicos y a los particulares y sus sentencias tienen el valor de cosa juzgada. La doctrina interpretativa de la Constitución elaborada por el Tribunal y que sirve de fundamento a sus sentencias vincula también a los diferentes órganos de la Jurisdicción ordinaria. Sin perjuicio de lo que dispongan las convenciones y tratados internacionales validamente ratificados por Andorra, las resoluciones y sentencias del Tribunal Constitucional no son recurribles ante otro órgano jurisdiccional. La jurisdicción del Tribunal Constitucional es preferente. Ninguna causa de que conozca puede sustanciarse simultáneamente ante otro órgano jurisdiccional: en el supuesto de que se hubiese iniciado un litigio ante otro órgano jurisdiccional ordinario y se plantease la misma causa ante el Tribunal Constitucional, si éste la admite a trámite, aquél deja de conocerla.

Entre las dos jurisdicciones no existe ninguna relación orgánica institucionalizada y, por tanto, tampoco se da relación de jerarquía en dicho ámbito. Las relaciones son estrictamente competenciales.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Respuesta. Los jueces y tribunales pueden interpretar la Constitución. El poder judicial debe aplicar directamente los preceptos constitucionales cuando en ellos se encuentra el reconocimiento de algún derecho subjetivo; el poder judicial debe interpretar las normas infraconstitucionales de acuerdo con la Constitución. Todo ello, incontestablemente, comporta una actividad interpretativa. Pero lo que no puede hacer el poder judicial es decidir sobre la constitucionalidad de una ley: si estima que la norma con rango de ley es contraria a la Constitución (art. 100 de la Constitución) deberá plantear su duda ante el Tribunal Constitucional para que éste decida sobre la validez o nulidad de la norma cuestionada. Ahora bien, esto tiene dos excepciones importantes: los jueces pueden decidir no aplicar una ley anterior a la Constitución por entender que ésta ha sido derogada por la norma constitucional; y, en segundo lugar, los jueces podrán inaplicar cualquier norma de rango infraconstitucional (reglamentos o diversas normas de igual rango) por entender que son inconstitucionales.

283

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Respuesta. Sí. En el ejercicio de su función jurisdiccional, los *Batlles*, el *Tribunal de Batlles*, el *Tribunal de Corts* y el *Tribunal Superior de Justícia* de Andorra están legitimados para solicitar la apertura de un proceso incidental de inconstitucionalidad contra leyes, decretos legislativos y normas con fuerza de ley, cualquiera que sea la fecha a partir de la que se hallen vigentes (arts. 52 a 58 de la Ley Cualificada del Tribunal Constitucional).



Es procedente la interposición de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si, en cualquier fase de un proceso jurisdiccional ordinario, el órgano judicial que se encuentra conociendo sobre éste, estima, de oficio o a instancia de parte, que una de las normas mencionadas y de aplicación imprescindible para la solución de la causa principal o de algún incidente sustanciado en ésta es contraria a la Constitución. Dicha estimación de inconstitucionalidad debe fundamentarse en la imposibilidad de una interpretación de la norma o normas conforme a la Constitución, en el razonamiento y explicación de su carácter de norma imprescindible para la solución de la causa principal o del incidente de que se trate y en la inexistencia de una resolución o sentencia del Tribunal Constitucional que haya declarado la constitucionalidad en los términos a que se refiere el artículo 44.3 de la Ley Cualificada del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional ha declarado (sentencia del 3 de abril de 1995, causa 95-1-PI) que la decisión final de plantear el proceso incidental de inconstitucionalidad es discrecional del órgano jurisdiccional, y bajo su exclusiva responsabilidad, por el hecho de tratarse de una decisión no arbitraria, ya que está sujeta a la misma Constitución, pero que no se puede admitir, de ninguna manera, la existencia de un derecho de las partes a promover la acción de inconstitucionalidad prevista por el artículo 100 de la Constitución, sino únicamente la facultad de instarla, puesto que los ciudadanos pueden acceder directamente a la Jurisdicción constitucional por la vía del recurso de amparo.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Respuesta. Sí, las sentencias y otras decisiones judiciales son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional.

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

Respuesta. A través del recurso de amparo el Tribunal Constitucional garantiza la protección, como instancia jurisdiccional superior, de los derechos fundamentales reconocidos en los Capítulos III y IV del Título II de la Constitución, exceptuando el derecho descrito en el artículo 22 de esa misma norma.

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

Respuesta. La forma de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales reconocidos en los Capítulos III y IV del Título II de la Constitución corresponde a los tribunales ordinarios a través de un procedimiento especial (art. 41.1 de la Constitución), solamente serán protegidos por el Tribunal Constitucional de forma excepcional. Excepto en el caso de actos, resoluciones o disposiciones del *Consell General* (Asamblea parlamentaria) sin fuerza de ley, todas las reclamaciones por lesión de los derechos fundamentales deben realizarse previamente delante de la Jurisdicción ordinaria. Tal recurso se plantea literalmente, no como un recurso contra el órgano público que potencialmente ha lesionado en origen el derecho fundamental, sino como un recurso especial contra la segunda sentencia dictada en el procedimiento urgente y preferente por la Jurisdicción ordinaria.

Para los supuestos en que se produzca una lesión de carácter jurisdiccional, fuera del procedimiento urgente y preferente, es decir, una violación del artículo 10 de la Constitución, la persona afectada puede, desde la modificación de la Ley Cualificada del Tribunal Constitucional del 22 de abril de 1999 (a partir de ahora LCTC), interponer directamente recurso de amparo tras haber agotado todos los recursos ordinarios en defensa del derecho lesionado.



4.3 ¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?

a) ¿Quién puede ejercerlo/a?

Respuesta. Están legitimados para interponer recurso de amparo el Ministerio Fiscal y las personas físicas o jurídicas cuyos derechos fundamentales se hayan visto vulnerados, sea en el curso de cualquier procedimiento judicial ordinario o sea por una disposición, resolución o acto del *Consell General* sin carácter de ley. Los sujetos afectados deberán estar representados y defendidos por un abogado inscrito en el Colegio de Abogados de Andorra. El Tribunal Constitucional ha entendido que pueden interponer recurso de amparo contra disposiciones y actos del *Consell General* aquellos sujetos que ostenten un interés legítimo, sin necesidad de que se trate de un interés directo del que se haga depender una situación jurídica subjetiva que de forma prioritaria pertenezca al posible recurrente (Sentencia del 10 de junio de 2002, causa 2002-2-RE).

b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?

Respuesta. El recurso de amparo se interpone frente a sentencias desestimatorias de la demanda dictadas en última instancia (art. 86 LCTC) por la Jurisdicción ordinaria en el curso del procedimiento urgente y preferente previsto en el artículo 41.1 de la Constitución. También puede ejercerse contra cualquier decisión jurisdiccional (art. 94 LCTC) que haya lesionado los derechos del demandante reconocidos en el artículo 10 de la Constitución, en el curso o con motivo de un procedimiento judicial o prejudicial, siempre y cuando se hayan agotado todas las vías jurisdiccionales establecidas por la legislación. Y se pueden impugnar directamente las decisiones, resoluciones y actos del *Consell General* sin fuerza de ley (art. 95 LCTC).



c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?

Respuesta. La interposición del recurso de amparo se efectúa dentro del plazo de quince días hábiles contados desde la fecha de notificación de la sentencia que se impugna (arts. 88 y 94 LCTC) o desde la fecha de notificación o, si procede, de publicación de la disposición, resolución o acto del *Consell General* (art. 95 LCTC).

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

Respuesta. La interposición de un recurso de amparo requiere diferentes exigencias según el tipo de recurso:

1. En el caso del recurso excepcional de amparo (art. 85 LCTC), puesto que el Tribunal Constitucional actúa como última instancia en el curso del procedimiento urgente y preferente previsto en el artículo 41.1 de la Constitución, es imprescindible haber agotado las dos instancias anteriores. El recurso de amparo no puede modificar el contenido de la pretensión de protección del derecho o derechos planteada en el procedimiento urgente y preferente anterior.
2. En el caso del recurso de amparo por vulneración de unos de los derechos reconocidos en el artículo 10 de la Constitución (art. 94 LCTC) es necesario el agotamiento de todas las vías jurisdiccionales puestas a disposición del recurrente por la legislación en defensa del derecho y también se exige la interposición previa de un incidente de nulidad de actuaciones delante de la jurisdicción a la que se le atribuye la supuesta lesión, con el fin de que la enmiende. Es necesario que la vulneración del derecho que después haya de hacerse valer en amparo se haya denunciado formalmente en el proceso judicial previo.



4.4 ¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?

Respuesta. El Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el recurso de amparo puede disponer que (art. 92 LCTC) la estimación del recurso sea total o parcial. La estimación total supone la anulación de la sentencia recurrida y de todos sus efectos, la declaración de haberse lesionado un derecho constitucional y la reposición del recurrente en la plenitud de su derecho mediante la adopción de las medidas necesarias que lleven a este fin. Si la lesión del derecho fuese materialmente irreparable, el Tribunal puede determinar el tipo de responsabilidad en que ha incurrido el sujeto que violó el derecho, con el fin de que pueda exigirse ante la Jurisdicción ordinaria. La estimación parcial se produce cuando el Tribunal considera válidos alguno o algunos de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida. La desestimación del recurso de amparo comporta la condena en costas del recurrente aunque en la práctica sólo se condena cuando la pretensión del recurso es irracional o temeraria.

288

En cuanto a los efectos de las sentencias que se pronuncian sobre los procesos incidentales de inconstitucionalidad (art. 58 LCTC), las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad alegada tienen los mismos efectos que las dictadas en el proceso o recurso directo y las sentencias que estimen la inconstitucionalidad parcial o total de las normas impugnadas tienen efecto desde la fecha en que se publiquen en el *Boletín Oficial del Principado de Andorra*. Excepto en los supuestos de aplicación retroactiva favorable, ya que subsistirán los efectos pendientes originados para dichas normas antes de su anulación hasta que no se dicten otras nuevas que regulen las situaciones jurídicas preexistentes.

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

Respuesta. Cuando se ha producido, por parte de los órganos judiciales, una vulneración de algunos de los derechos fundamentales alegados por el



recurrente en amparo, el Tribunal Constitucional puede decidir la anulación de la decisión judicial sin pronunciarse sobre la retroacción de las actuaciones delante del órgano que cometió la lesión. A veces el Tribunal Constitucional puede únicamente constatar que se ha producido la violación de un derecho fundamental, como en el caso del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, sin pronunciar la anulación de la decisión impugnada, ya que ésta no es procedente.

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

Respuesta. No es competencia del Tribunal Constitucional dictar una nueva sentencia que sustituya la anulada. No es una tercera instancia jurisdiccional.

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Respuesta. El Tribunal Constitucional puede decidir la anulación de la decisión judicial retrotrayendo las actuaciones delante del órgano que cometió la vulneración para que éste dicte una nueva decisión para reponer al recurrente en la plenitud de su derecho.

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Respuesta. Es el Tribunal Constitucional quien decide la anulación de la sentencia que lesionó el derecho. El Juez o Tribunal ordinario se encargará, si el Tribunal Constitucional lo ordena, de dictar una nueva decisión conforme con las consideraciones constitucionales contenidas en la sentencia.



4.5 ¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?

Respuesta. La media desde el inicio del funcionamiento del Tribunal es del 88 por 100.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?

Respuesta. La Jurisdicción ordinaria no participa en la designación del Tribunal Constitucional, que está compuesto de cuatro magistrados designados uno por cada Copríncipe y dos por el *Consell General*.

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

Respuesta. Desde el inicio de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional ha conseguido un alto grado de aceptación tanto jurídica como social. Ello ha hecho que la convivencia con la Jurisdicción ordinaria se haya mantenido siempre en relaciones de mutua aceptación y respeto. La jurisprudencia constitucional, sin excepciones, es citada como fuente jurídica directa y forma parte del bagaje argumentativo de los diversos órdenes jurisdiccionales.



Y, salvo un caso aislado, las decisiones del Tribunal Constitucional siempre se han ejecutado sin oponer ninguna resistencia. Por otro lado, se mantienen contactos periódicos tanto con los miembros de los tribunales ordinarios como con el Consejo Superior de la Justicia y ello facilita que se respeten con mucho rigor los diversos ámbitos competenciales.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar ESPECIALMENTE útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**



ARGENTINA

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

292

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

La República Argentina posee un sistema federal, las divisiones jurídico-políticas que la integran –provincias– son jurídicamente iguales, de allí la necesidad de establecer un órgano superior que se encargue de dar solución a los conflictos que se susciten entre ellas. Por ello, coexisten en el ámbito del territorio argentino dos organizaciones judiciales: la federal y la provincial. La cabeza de ambas organizaciones es la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante Corte Suprema o CSJN), ya que es el intérprete último de la Constitución Nacional.

El control de la constitucionalidad de las leyes es jurisdiccional difuso; es un control desconcentrado que compete a todos los jueces de la Nación, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal último por vía del recur-



so extraordinario legislado en el artículo 14 de la ley 48 (Jurisdicción y competencia de los Tribunales Nacionales). No existe en el país un fuero constitucional propiamente dicho.

El control constitucional argentino, a diferencia de lo que ocurre en el sistema continental europeo, limita sus efectos al caso en que se ejerce. La norma inconstitucional únicamente puede ser abolida por quien la dictó. El Poder Judicial se limita a no efectivizarla en cada caso concreto donde se haya objetado la constitucionalidad, y siempre que ese cuestionamiento haya sido aceptado por el tribunal del caso, pasando su pronunciamiento en autoridad de cosa juzgada. Este esquema tiende a preservar el principio de división de poderes.

De conformidad con la ley 27 (del año 1862), la justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, y las leyes nacionales a la decisión de las causas que versen sobre intereses, actos o derechos de ministros o agentes públicos, de simples individuos, de provincia o de la Nación.

El texto original de la constitución no poseía ninguna norma que expresamente atribuya al Poder Judicial esta potestad. No obstante el control judicial de la constitucionalidad de las normas ha sido prácticamente indiscutido. El reconocimiento de este rol ha sido frecuentemente receptado en la jurisprudencia. La Corte Suprema ha indicado en reiterados pronunciamientos que el Poder Judicial «es el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional». Una norma contraria a las disposiciones constitucionales debe ceder ante ella, y es tarea del juez efectuar ese control y así declararlo. Esto cuenta con un arraigo tradicional que se deriva tácitamente de varias de sus cláusulas de la Constitución, entre las cuales se pueden mencionar las del: artículo 27 donde surge la primacía de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental; el artículo 30, que define el carácter rígido de la Ley Fundamental (el Congreso no puede enmendarla, sino que se requiere una convención constituyente; por ende, las leyes que



sancione el Poder Legislativo, o las demás normas del país, deben subordinarse a la Constitución); y el artículo 116 en cuanto confía «a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución».

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Todos los magistrados, de cualquier jerarquía y fuero, tienen la atribución y el deber de examinar la constitucionalidad de las leyes en las causas cuyo conocimiento les corresponde, y abstenerse de aplicar aquellas que se opongan al texto de la Constitución. Por este motivo, cualquier juez puede determinar, en el caso concreto, que una ley es inválida, ya sea por su falta de adecuación a la ley suprema o porque, no obstante su adecuación genérica, resulta inconstitucional la aplicación a ese caso por sus connotaciones, cuando afecta a derechos esenciales más allá de lo razonable, en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Por estas consideraciones corresponde aclarar que el control de constitucionalidad es difuso y que tal declaración tiene efectos sólo en el caso concreto, sin que éstos puedan tener una proyección *erga omnes*.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Los jueces en la República Argentina no pueden declarar en abstracto la inconstitucionalidad de las leyes ni elevar consultas al máximo órgano jurisdiccional sobre la constitucionalidad o no de esas normas.



Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Se pueden impugnar por recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante la CSJN las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de cada causa (art. 14 de la ley 48).

La Corte Suprema también ejerce una competencia originaria y exclusiva en la que interviene en única instancia: comprende aquellas causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y aquellas en las que alguna provincia fuese parte (arts. 116 y 117 de la CN, y 24.1, decreto-ley 1258/58).

Además, ejerce una competencia por vía de apelación, en cuyo caso conoce en segunda o tercera instancia respecto de los recursos interpuestos contra resoluciones de otros tribunales.

Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial y sólo podrán apelarse ante la CSJN las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en aquellos casos en que en el pleito se haya puesto en tela de juicio la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión ha sido en contra de su validez. También en aquellos casos en que la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión por ser contraria a la Constitución Nacional, una ley del Congreso o un tratado y la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.



También podrá apelarse ante la CSJN cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado, o de una ley del Congreso o de una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio (art. 14 de la ley 48).

A su vez, se encuentra previsto el recurso de queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema. La presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo de cinco días. La Corte Suprema podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente.

Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte Suprema podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la ley 48. Mientras la Corte Suprema no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso (art. 2.º de la Ley 23.774 B.O. 16/4/1990).

4.1 ¿A través de qué recurso o acción? Y 4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?

Existen dos vías de impugnación apelada para acceder a la competencia de la Corte Suprema:

A) El recurso extraordinario de inconstitucionalidad, donde el objeto de revisión es solamente el aspecto federal, que la doctrina ha denominado «cuestión federal», y es aquella que se presenta cuando se hace preciso asegurar la supremacía del ordenamiento jurídico federal en general y de la Constitución Nacional en particular. También es posible acceder a la Corte Supre-

ma por vía del recurso extraordinario mediante la invocación de una causal «pretoriana», en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y que presentan omisiones o desaciertos de gravedad extrema por lo que quedan descalificadas como actos judiciales.

B) La apelación ordinaria, que es el medio de control de legitimidad de los tribunales nacionales de segunda instancia, y que procede contra la sentencias definitivas de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en los siguientes casos: primero, en causas en que la Nación sea directa o indirectamente parte, cuando el valor disputado supere un monto periódicamente actualizado por el Tribunal; segundo, en casos de extradición de criminales reclamados por países extranjeros; tercero, en causas a que dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempos de guerra; y cuarto, en cuestiones de competencia y conflictos que en un juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común.

297

Por su parte, la organización de la justicia penal está encabezada por la CSJN, le sigue la Cámara Nacional de Casación Penal, con sede en Buenos Aires, y tiene competencia en todo el país en recursos de inconstitucionalidad, de casación y de revisión contra resoluciones de los Tribunales Orales y de queja por recursos denegados ante otro tribunal. En este caso, el recurso de inconstitucionalidad será interpuesto contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena si se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente. Al pronunciarse sobre el recurso, la Cámara de Casación declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada y confirmará o revocará el pronunciamiento recurrido (arts. 474 y 475 del Código Procesal Penal).



4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

- a) ¿Quién puede ejercerlo/a?
- b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?
- c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?
- d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.).

El recurso ordinario de apelación ante la CSJN, en causa civil, se interpondrá por escrito ante la cámara de apelaciones respectiva, dentro del plazo de cinco días desde la notificación salvo disposición en contrario.

Una vez recibido el expediente ante la CSJN será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso. Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos a sentencia.

Por su parte, el recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema procederá en los supuestos previstos por el artículo 14 de la ley 48. Deberá ser interpuesto por escrito, fundado con arreglo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 48, ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva, dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación. De la presentación en que se deduzca el recurso se dará traslado por diez días a las partes interesadas, notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal de la causa decidirá sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concediere, previa notificación personal o por cédula de su decisión, deberá remitir las actuaciones a la Corte Suprema dentro de cinco días contados desde la última notificación. Si el tribunal superior de la causa tuviera su asiento fuera de la Capital Federal, la remisión se efectuará por correo, a costa del recurrente.



Los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél deberán cumplimentar los requisitos que hacen a su admisibilidad formal, establecidos en los reglamentos aprobados por la acordada 4/07 del 16 de marzo de 2007 que comenzó a regir a partir del 6 de agosto de ese año.

Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte Suprema, según su sana discreción, y con la sola invocación de lo dispuesto en el artículo 280 CPCCN, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos (ley 23.774 B.O. 16/4/1990).

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

En los recursos presentados ante la CSJN de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia y, cuando la Corte



Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón (art. 16 de la ley 48).

Si la sentencia de la cámara o tribunal fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso, el apelado podrá solicitar la ejecución de aquélla, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema. Esa fianza será calificada por la cámara o tribunal que hubiese concedido el recurso y quedará cancelada si la Corte Suprema lo declarase improcedente o confirmase la sentencia recurrida.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

No existen estadísticas discriminadas.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. **¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?**

La designación de los magistrados de la CSJN es una atribución que corresponde al Presidente de la Nación con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada a tal efecto, de



conformidad con el artículo 99.4 de la Constitución Nacional. El decreto 588/03 del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) establece los parámetros a tener en cuenta para la mejor selección del candidato propuesto: obligación de publicar el nombre y los antecedentes del candidato a cubrir la vacante, en un plazo máximo de treinta días de producida, en el Boletín Oficial y en por lo menos dos diarios de circulación nacional, durante tres días. El candidato deberá presentar una declaración jurada de todos sus bienes en los términos indicados en la Ley de Ética de la Función Pública. En un plazo de quince días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial se pueden presentar por escrito y de modo fundado y documentado las observaciones que los ciudadanos en general, ONGs, asociaciones profesionales, entidades académicas y de derechos humanos consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad respecto de los propuestos. Vencido tal plazo, el PEN dispondrá sobre la elevación o no de la propuesta respectiva; en caso afirmativo, se enviará al Senado de la Nación el nombramiento a los fines del acuerdo. Una vez prestado acuerdo, el Presidente emite un decreto de designación.

La selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial están a cargo del Consejo de la Magistratura, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 114 de la CN.

La designación de un magistrado de instancias inferiores a la CSJN es un acto complejo en el que concurren: el Consejo de la Magistratura en la selección y elevación de la terna de candidatos; el Poder Ejecutivo en la elección de entre los ternados y la remisión de la solicitud de acuerdo; el Poder Legislativo (Senado) en el otorgamiento del acuerdo y nuevamente el Poder Ejecutivo para concretar el nombramiento. El Poder Ejecutivo nombra a los jueces de la Nación con acuerdo del Senado. Éste es el sistema de designación previsto desde 1853. Sin embargo, la reforma del año 1994, innova en cuanto limita esta atribución de los poderes políticos al encomendar al Consejo, la selección de una terna vinculante. La propuesta remitida es un acto prepara-



torio que condiciona la voluntad del Poder Ejecutivo, quien no podrá proponer una persona ajena a esa lista, pero puede discrecionalmente nominar a un candidato de la terna sin seguir rigurosamente el orden de prelación propuesto por el Consejo. La selección de postulantes para jueces mediante concurso público de oposición y antecedentes, se inicia una vez producida la vacante y consta de cinco etapas, a saber: 1.º) Valoración por la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial de los antecedentes profesionales y académicos de los postulantes; 2.º) Prueba de oposición escrita y anónima evaluada por un jurado técnico. En esta prueba se valora la consistencia jurídica de la solución propuesta dentro del marco de lo razonable, su pertinencia y el rigor de los fundamentos y la corrección del lenguaje utilizado; 3.º) Examen psicológico y psicotécnico que tiene por objeto detectar las características de personalidad del candidato a fin de determinar su aptitud para el desempeño del cargo al que se postula; 4.º) Entrevista personal de los candidatos con los integrantes de la Comisión de Selección, en la cual se valoran las motivaciones del postulante para el cargo; la forma en que desarrollará eventualmente la función; sus puntos de vista sobre los temas básicos de su especialidad y sobre el funcionamiento del Poder Judicial; sus planes de trabajo, los medios que propone para que su función sea eficiente y llevar a la práctica los cambios que sugiera; su conocimiento respecto de la interpretación de las cláusulas de la Constitución Nacional, y de la jurisprudencia de la CSJN en los casos que versan sobre control de constitucionalidad, así como de los principios generales del derecho; sus valores éticos, su vocación democrática y por la defensa de los derechos humanos, y cualquier otra información que, a juicio de los miembros de la Comisión, sea conveniente ponderar; 5.º) Una vez emitido el dictamen de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, el Plenario convoca a audiencia pública a –por lo menos– los integrantes de la nómina propuesta para formar la terna, a los fines de evaluar su idoneidad, aptitud funcional y vocación democrática.

El procedimiento descrito apunta a ponderar no solamente el conocimiento jurídico, sino también la aptitud y la actitud para el cargo, razón por

la cual se evalúan aspectos personales, tales como: a) Sentido de responsabilidad, moralidad y conducta pública y privada; b) Diligencia, y contracción al trabajo; c) Educación y cultura general; d) Sentido común, puesto que la selección de un postulante basándose sólo en su saber jurídico, puede implicar la elección de un magistrado carente de prudencia, sentido de lo justo, de lo moral o de lo equitativo.

Nombramientos en comisión: La Constitución Nacional prevé en su artículo 99 inc. 19, que el Poder Ejecutivo puede llenar las vacantes de los empleos que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura.

6. **¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.**

303

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**



BOLIVIA

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

304

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

Respuesta. Si bien de acuerdo al artículo 116.I de la Constitución Política del Estado de Bolivia, el Tribunal Constitucional forma parte del Poder Judicial, sin embargo, por disposición expresa del artículo 119.I de la misma Constitución, en el ejercicio de su función de control de constitucionalidad, es independiente con relación a los tres órganos del Estado.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Respuesta. El artículo 228 de la Constitución Política del Estado establece que los tribunales, jueces y autoridades aplicarán la Constitución con



preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a otras resoluciones; lo que implicaría la inaplicación directa de todas aquellas normas contrarias a la Constitución; sin embargo, la reforma constitucional de 1994 creó al Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de constitucionalidad, lo que implicó un rediseño del sistema de control de constitucionalidad, pasando de un control difuso a uno concentrado. No obstante ese cambio, el artículo 228 de la Constitución no fue reformado; empero, debido al nuevo sistema, esa norma se interpreta en sentido de que los jueces, ante la duda respecto a la constitucionalidad de una norma, deben promover, de oficio, recurso incidental de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Respuesta. Sí, lo pueden hacer, de oficio o a petición de parte, dentro de un proceso judicial o administrativo en el cual se vaya a aplicar la ley o norma cuestionada, a través del recurso incidental de inconstitucionalidad (arts. 59 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional).

305

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Respuesta. Sí es posible impugnar las Resoluciones de jueces y tribunales ordinarios ante los jueces y tribunales de hábeas corpus y amparo constitucional, cuyas resoluciones son conocidas, en revisión, por el Tribunal Constitucional.



4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

Respuesta. A través de los siguientes recursos:

- a) Recurso de hábeas corpus
- b) Recurso de amparo constitucional
- c) Recurso directo de nulidad

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

Respuesta.

a) En los recursos de hábeas corpus se pueden conocer las resoluciones judiciales que disponen el apremio (en materia familiar, social o civil, tratándose de depositarios de bienes muebles) o la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, dentro de un proceso penal, cuando las mismas se apartan de los supuestos de procedencia para la imposición de esas medidas, cuando carecen de fundamentación o tienen una motivación insuficiente o irrazonable, o cuando se han pronunciado causando indefensión al recurrente al no haber sido notificado legalmente el acto procesal del cual emergen dichas resoluciones. También es posible conocer sentencias, autos de vista o autos supremos, pronunciados dentro de procesos penales, cuando el mandamiento de condena, que es la causa de la privación de la libertad, emerge de un procesamiento indebido en el que el recurrente ha estado en indefensión absoluta.

b) En los recursos de amparo constitucional es posible conocer las resoluciones judiciales de los tribunales ordinarios cuando carecen de fundamentación o tienen una motivación insuficiente o irrazonable, o cuando se ha realizado una interpretación arbitraria de la legalidad ordinaria, vulnerando principios, valores, derechos y garantías constitucionales.

c) En el recurso directo de nulidad, es posible disponer la nulidad de una resolución, cuando la misma ha sido pronunciada usurpando funciones

que no le competen, cuando la autoridad judicial se encontraba cesante o suspendida de sus funciones, o finalmente, cuando pronunció la resolución fuera del plazo legal.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

Respuesta. Tanto en el recurso de hábeas corpus, como en el de amparo constitucional y en el directo de nulidad, pueden interponer el recurso los directamente afectados por la resolución, aceptándose, en el caso del hábeas corpus, que el recurso pueda ser interpuesto por una tercera persona sin necesidad de mandato; lo que no sucede en los recursos de amparo constitucional y directo de nulidad, en los que el recurso debe ser presentado por el directamente agraviado o un tercero con poder suficiente, salvo el caso del Defensor del Pueblo, que puede interponer los tres recursos, sin necesidad de mandato (art. 129 de la Constitución), o el Ministerio Público, que puede interponer recurso de amparo constitucional cuando no lo hiciere o no pudiere interponerlo la persona afectada (art. 19 de la Constitución).

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

Respuesta. No existe ninguna restricción sobre las resoluciones contra las cuales puede ejercerse el recurso, siempre que éstas, conforme se señaló, carezcan de motivación, o sean insuficientes o irrazonables, realicen una interpretación arbitraria de la legalidad ordinaria, o hubieran sido pronunciadas fuera del plazo legal, o por una autoridad suspendida o que cesó en sus funciones, o en su caso, usurpando funciones que no le competen.

c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?*

Respuesta. En el caso de los recursos de hábeas corpus, no existe un plazo para su ejercicio. En el recurso de amparo constitucional, si bien no



existe un plazo establecido por la ley, empero, la jurisprudencia constitucional ha determinado el plazo de seis meses para ejercer el recurso. En el recurso directo de nulidad, el artículo 81 de la Ley del Tribunal Constitucional, establece el plazo de treinta días para su ejercicio, computable desde la notificación con la resolución impugnada.

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.).

Respuesta. Existe diferente regulación, dependiendo del recurso del que se trate:

- Hábeas corpus: Cuando se impugnan resoluciones vinculadas a la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, es necesario que se hubieren impugnado dichas resoluciones ante el superior jerárquico.
- Tratándose de otras resoluciones que disponen el apremio, o en los casos de Sentencias o resoluciones que causen indefensión absoluta, no es necesario agotar ningún recurso.
- Amparo constitucional: Los requisitos de procedibilidad están establecidos en el artículo 96 de la Ley del Tribunal Constitucional, y hacen referencia al agotamiento de los recursos que establece el ordenamiento jurídico (la inexistencia de identidad de objeto, sujeto y causa con un recurso constitucional anterior, la inexistencia de actos consentidos libre y expresamente y que los efectos del acto reclamado no hubieren cesado).
- Recurso directo de nulidad: No existe ningún requisito de procedibilidad siempre que las resoluciones impugnadas no impliquen viola-



ción a la garantía del debido proceso, ya que en ese caso se deben agotar las instancias dentro de la Jurisdicción ordinaria, y luego interponer recurso de amparo constitucional.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

Respuesta. En los recursos de *hábeas corques* y amparo constitucional, el Tribunal Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia constitucional. En los recursos directos de nulidad el Tribunal Constitucional simplemente anula la resolución.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Respuesta. El Tribunal Constitucional de Bolivia conoce las impugnaciones contra resoluciones judiciales únicamente a través de las acciones de tutela antes mencionadas –amparo constitucional y *hábeas corpus*– y por el recurso directo de nulidad. En ese marco, en la gestión 2006, se resolvieron 1.332 recursos de amparo constitucional, de los cuales aproximadamente el 60 por 100 se dirigieron contra decisiones judiciales. En dicha gestión, se resolvieron 430 recursos de *hábeas corpus*, de los cuales aproximadamente el 80 por 100 estaban dirigidos contra decisiones judiciales. Y, durante la misma gestión, se resolvieron 146 recursos directos de nulidad, de los cuales un 50 por 100 estaban dirigidos contra decisiones judiciales.



II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. **¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?**

Respuesta. Los Magistrados del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional por dos tercios de votos. La Jurisdicción ordinaria no participa en su designación.

Sin embargo, en mérito a que los recursos de hábeas corpus, amparo constitucional y *habeas data* son conocidos, en un primer momento, por los jueces y vocales de la Jurisdicción ordinaria, que se constituyen en tribunales de garantías para el conocimiento de tales recursos, cuyas resoluciones son posteriormente revisadas por el Tribunal Constitucional, se debe precisar que los vocales de las Cortes Superiores de Distrito con elegidos por la Corte Suprema de Justicia de nóminas propuestas por el Consejo de la Judicatura –que forma parte del poder judicial– y los Jueces son designados por los vocales, de nóminas propuestas por el mismo Consejo.

6. **¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.**

Respuesta. Sí se han suscitado conflictos, fundamentalmente en los siguientes temas:

- El conocimiento, por parte del Tribunal Constitucional, de resoluciones que tiene calidad de cosa juzgada formal, en la que se constataron lesiones a derechos y garantías constitucionales.



- La anulación de resoluciones pronunciadas fuera del plazo legal, en los recursos directos de nulidad.
- La interpretación de la legalidad ordinaria, cuyo conocimiento, por ese motivo, ha sido restringido por el Tribunal Constitucional a los supuestos en que la misma resulte arbitraria y lesione los derechos fundamentales y garantías constitucionales.
- La vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, que pese a estar establecida en el artículo 44 de la Ley del Tribunal Constitucional, ha sido cuestionada, fundamentalmente, por la Corte Suprema de Justicia.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

311

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**

Respuesta. El Tribunal Constitucional de Bolivia, en sus ocho años de trabajo, ha tenido indudables aciertos que han contribuido a que la justicia constitucional sea pronta, oportuna e idónea. Se ha fortalecido el sistema constitucional boliviano, concretizando y otorgando contenido normativo a las cláusulas abstractas de la Constitución con relación a los valores supremos y a los principios fundamentales, lo que ha derivado en el saneamiento y constitucionalización del ordenamiento jurídico, así como en la defensa de los derechos fundamentales, y garantías constitucionales. Todo este proceso ha generado un desarrollo del derecho constitucional y del derecho jurispru-



dencial, creando una nueva conciencia constitucional no sólo en quienes aplican las normas jurídicas, sino también en los propios ciudadanos.

Sin embargo, también se ha podido detectar que es necesaria la consolidación institucional del Tribunal Constitucional como un órgano independiente de los demás órganos del Estado. En ese sentido, orgánicamente ya no tendría que depender del Poder Judicial, ni de ningún otro órgano, debido al control que ejerce sobre ellos. Asimismo, es imperioso el incremento del número de Magistrados, pues la configuración actual –cinco Magistrados titulares–, es insuficiente para atender el creciente incremento de causas.

Estos pedidos, junto a otros, fueron realizados a la Asamblea Constituyente que sesiona en la ciudad de Sucre, y hoy se tiene la esperanza de que los mismos sean atendidos.



BRASIL

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

313

No Brasil, jurisdição constitucional organicamente especializada é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal, que é, ao mesmo tempo, órgão de cúpula de todo o Poder Judiciário nacional e responsável pela guarda da Constituição Federal, embora tenha outras competências em matérias não constitucionais. Sua jurisdição constitucional é desempenhada tanto ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade no julgamento de ações diretas (de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade), quanto ao decidir questões constitucionais no julgamento de recursos de sua competência, na qualidade de última instância recursal.



Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Sim. Parcela da jurisdição constitucional, sem especialização orgânica, é conferida também a todo e qualquer órgão jurisdicional, que pode deixar de aplicar uma norma ao caso concreto por reputá-la ofensiva à Constituição, no exercício do controle incidental e difuso de constitucionalidade. Noutras palavras, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, todos os órgãos judiciais, em qualquer grau de jurisdição, podem, incidentalmente (*incidenter tantum*), reconhecer a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, deixando de aplicá-los ao caso concreto. No âmbito dos tribunais (órgãos colegiados), essa declaração só pode ser feita, no entanto, pelo voto da maioria absoluta de seus membros (Plenário ou Tribunal Pleno)), ou dos membros do respectivo Órgão Especial, onde a lei local o tenha criado, delegando-lhe as competências do Plenário ou Tribunal Pleno (CF, art. 97).

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Não. Os juízes e tribunais não podem suscitar dúvidas sobre constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, porque, nos termos da resposta anterior, eles próprios devem, no exercício do controle difuso ou incidental, declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis e atos normativos.



Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Sim. As decisões ou sentenças finais (isto é, aquelas contra as quais já não caiba outro recurso), proferidas em única ou última instância, podem ser impugnadas perante o Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário (*a*). E qualquer decisão judicial, ainda que não seja final nem sentença, também pode ser impugnada perante o Supremo Tribunal Federal mediante remédio processual denominado reclamação (*b*).

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

Mediante recurso extraordinário (*a*) e reclamação (*b*), a qual tem natureza análoga à de ação sumária.

4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?

O recurso extraordinário é admissível contra decisões proferidas em única ou última instância que (*a*) contrariem norma da Constituição Federal, (*b*) declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, (*c*) julguem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, ou (*d*) julguem válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, inc. III).

A reclamação é admissível contra qualquer decisão que (*a*) usurpe competência do Supremo Tribunal Federal, ou que (*b*) ofenda a autoridade de decisão proferida pelo mesmo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, inc. I, «*l*»).



4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

O recurso extraordinário pode ser interposto pela parte vencida (sucumbente) na decisão objeto da impugnação, pelo representante do Ministério Público, ou por terceiro que se repute juridicamente prejudicado pela decisão.

A reclamação pode ser proposta por qualquer pessoa que seja juridicamente prejudicada pelo descumprimento de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, ou por quem seja parte na causa em que tenha sido usurpada competência do Supremo Tribunal Federal ou tenha sido descumprida decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

O recurso extraordinário é admissível contra decisões ou sentenças finais proferidas em única ou última instância pelos órgãos judiciais, desde que configurada uma das hipóteses apontadas na resposta ao item 4.2 supra.

A reclamação impugna qualquer decisão judicial, quando ocorra qualquer das duas hipóteses mencionadas na resposta ao item 4.2 supra.

c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?*

O prazo para interposição do recurso extraordinário é de quinze (15) dias, contados da data da intimação da decisão impugnada (CPC, art. 508).



A reclamação pode ser proposta até o trânsito em julgado (coisa julgada material) da sentença no processo em que tenha sido descumprida decisão ou usurpada competência do Supremo Tribunal Federal.

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

Para que o recurso extraordinário seja admissível, é hoje necessário, em primeiro lugar, que apresente questão jurídico-constitucional cuja solução tenha importância jurídica, social, econômica ou política, que transcenda o interesse subjetivo das partes da causa, o que se denomina repercussão geral, que só pode ser reconhecida ou negada pelo próprio Supremo Tribunal Federal (mecanismo análogo ao do *writ of certiorari*).

Se apresentar repercussão geral, será ainda preciso que (a) a questão constitucional tenha sido discutida na decisão impugnada, (b) já não caiba outro recurso contra a decisão impugnada, (c) esta seja definitiva, e não provisória ou temporária, (d) a alegada ofensa à Constituição Federal seja direta, (e) o exame da questão não dependa de reapreciação dos fatos à luz da prova, e (f) tenham sido impugnados pelo recorrente todos os fundamentos suficientes para subsistência da decisão impugnada.

Para que a reclamação seja admissível, é preciso que (a) não tenha ainda sobrevindo coisa julgada material na causa, e (b) a decisão impugnada tenha sido proferida após a decisão do Supremo Tribunal Federal tida por descumprida.

4.4 ¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?



b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Ao dar provimento ao recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal anula diretamente a decisão judicial recorrida e, ao mesmo tempo, dependendo do caso, (a) encerra o julgamento, (b) profere outra decisão em substituição à anulada, ou (c) determina ao juiz ou tribunal que profira nova decisão.

Ao julgar procedente a reclamação por usurpação de sua competência, o Supremo Tribunal Federal avoca o processo ou recurso, para julgá-lo no momento oportuno. Ao julgar procedente reclamação por afronta à autoridade de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal anula diretamente a decisão judicial e, ao mesmo tempo, dependendo do caso, (a) encerra o julgamento, (b) determina ao juiz ou tribunal que profira nova decisão, ou (c) determina outra medida adequada ao cumprimento de seu julgado (RISTF, art. 161).

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Não há estatísticas disponíveis a respeito.



II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?

Os membros da jurisdição ordinária não participam da designação dos membros do Supremo Tribunal Federal, mas podem ser escolhidos para integrá-lo, como qualquer cidadão com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (CF, art. 101).

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

Não há conflitos entre a jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a jurisdição ordinária, em razão da posição de superioridade hierárquica do Supremo Tribunal Federal e da clara distinção das competências jurisdicionais.

319

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.

Sem comentários adicionais por ora.



CHILE

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

En Chile, la articulación entre ambas jurisdicciones abarca los siguientes aspectos:

a) La Corte Suprema elige tres de los diez Ministros del Tribunal Constitucional en votación secreta que se celebra en sesión especialmente convocada al efecto.

b) Cualquier juez puede plantear ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en el asunto de que conoce estime inconstitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, número 6, de la Constitución. La sentencia estimatoria, en este caso, sólo produce efectos en el proceso concreto en que se ha planteado su inconstitucionalidad.



c) Los jueces, como el resto de los órganos del Estado y todas las personas, quedan obligados por el efecto *erga omnes* y derogatorio del precepto legal que produce una sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el Tribunal Constitucional en ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 93, número 7, de la Constitución, la que, en todo caso no produce efecto retroactivo.

d) La Constitución confiere al Tribunal Constitucional competencia para resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. Sin perjuicio de la legitimación activa de que gozan, en este caso, los órganos constitucionales respectivos, cualquier persona puede accionar ante el Tribunal Constitucional si es parte en un juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Desde la reforma constitucional de agosto de 2005, el control de constitucionalidad de las leyes y de otras normas propias de la potestad reglamentaria del Presidente de la República o autos acordados de los Tribunales Superiores de Justicia sólo puede ser realizado por el Tribunal Constitucional.

Lo anterior significa que si bien la Constitución establece explícitamente que «los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República», los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de normas



pertenecientes al ordenamiento infraconstitucional, aun cuando sí pueden hacer respetar el principio de supremacía constitucional a través de otros mecanismos previstos en la Constitución y que pertenecen a su esfera de competencia como la declaración de nulidad de derecho público o el conocimiento y fallo de recursos de protección de los derechos fundamentales.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

El inciso 11.º del artículo 93 de la Constitución no distingue al señalar que (la acción de inaplicabilidad respecto de un precepto legal) «*podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*». Luego, cualquier juez que conoce de una gestión judicial en la que pueda recibir aplicación un precepto legal que estime inconstitucional puede plantear un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

En esta materia cabría formular una distinción:

a) Tratándose de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal que se pretende aplicar en una gestión concreta, la jurisprudencia de admisibilidad emanada de las Salas del Tribunal Constitucional ha sido reiterativa en afirmar que «*la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales*



ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular de las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento» (Rol 493).

b) En lo que se refiere a los autos acordados que emanan de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones, el Tribunal Constitucional está facultado para declarar su inconstitucionalidad.

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

La forma de impugnar la constitucionalidad de autos acordados dictados por los tribunales superiores de justicia y por el Tribunal Calificador de Elecciones es a través de una acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93, número 2, de la Constitución.

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

La acción de inconstitucionalidad referida precedentemente puede ser deducida por el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional o diez de sus miembros en ejercicio. En este caso, la Constitución no exige la concurrencia de supuestos específicos. El proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional, en actual trámite legislativo, exige, en cambio, que el requerimiento contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, que señale en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas. También es preciso acompañar el respectivo auto acordado, con indicación concreta de la parte impugnada y de la impugnación.



Los requerimientos referidos a la constitucionalidad de los autos acordados pueden ser interpuestos, asimismo, por toda persona que sea parte en un juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado, lo que debe señalarse en forma precisa.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Cuál es el plazo para ejercerlo/a?*

Ni la Constitución ni el proyecto de ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional han previsto un plazo para deducir los requerimientos de inconstitucionalidad contra autos acordados de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones.

b) *¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?*

Sin perjuicio de los requisitos contemplados en el proyecto de ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, a que se ha hecho referencia, el mismo proyecto de ley precisa que el Tribunal Constitucional procederá a declarar la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad contra los autos acordados en los siguientes casos:

1) Cuando se promueva respecto de un auto acordado o de una de sus disposiciones, que hayan sido declarados constitucionales en una sentencia previa dictada de conformidad a este párrafo y se invoque el mismo vicio materia de dicha sentencia;

2) Cuando carezca de fundamento plausible;



3) Cuando no exista gestión, juicio o proceso penal pendiente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada, y

4) Cuando no se indique la manera en que el auto acordado afecta al ejercicio de los derechos constitucionales del requirente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada.

El Tribunal Constitucional está facultado, conforme al mismo proyecto de ley, para suspender la aplicación del auto acordado impugnado como medida cautelar, a través de una resolución fundada.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

El efecto de la sentencia del Tribunal Constitucional que acoge la inconstitucionalidad de un auto acordado se encuentra claramente señalado en el artículo 94, inciso tercero, de la Constitución: «el precepto declarado inconstitucional se entenderá *derogado* desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo». El proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional agrega que «habiéndose pronunciado el tribunal sobre la constitucionalidad de un auto acordado, no se admitirá a tramitación ningún requerimiento para resolver cuestiones de constitucionalidad del mismo, a menos que se invoque un vicio distinto del hecho valer con anterioridad».

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el efecto derogatorio del auto acordado que produce la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad no proviene de ésta sino de lo dispuesto en la propia Constitución.



c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Ni la Constitución ni el proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional contemplan la posibilidad de que éste ordene o sugiera al respectivo tribunal ordinario que emita una nueva decisión acorde con la sentencia de inconstitucionalidad.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

No se cuenta, a la fecha, con estadísticas referidas a sentencias que incidan en la constitucionalidad de autos acordados, pues se trata de una nueva competencia conferida al Tribunal Constitucional por la reforma de agosto de 2005 (Ley núm. 20.050).

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. **¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?**

Como se expresó en un comienzo, la Corte Suprema elige tres de los diez Ministros del Tribunal Constitucional en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada al efecto. En la práctica, la Corte



Suprema convoca a un concurso público de antecedentes al que pueden presentarse todas aquellas personas que estimen que reúnen los requisitos para ser nombrado Ministro del Tribunal Constitucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 92, inciso segundo, de la Constitución.

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

No puede hablarse propiamente de conflictos entre la Jurisdicción constitucional chilena y los tribunales ordinarios. Más bien, y con ocasión de las nuevas competencias conferidas al Tribunal Constitucional por la reforma de 2005, se han producido diferencias de interpretación entre lo que éste ha resuelto en un requerimiento de inaplicabilidad referido a un caso concreto en relación con lo que las Cortes de Apelaciones han considerado y decidido en ejercicio de sus propias competencias como jueces llamados a resolver el fondo del asunto.

327

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.



I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

328

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

Respuesta. En Colombia el único órgano de la Jurisdicción constitucional es la Corte Constitucional a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Sin embargo, en la medida en que todos los jueces tiene a su cargo la protección de los derechos constitucionales fundamentales a través de la acción de tutela, los mismos hacen parte, para esos efectos, de la Jurisdicción constitucional. Existen dos formas de articulación entre la Jurisdicción ordinaria y la constitucional: la orgánica, a través de la participación de las altas cortes de la Jurisdicción ordinaria en la designación de los magistrados de la Corte Constitucional y la funcional a través de la acción de tutela, puesto que los fallos de los jueces de tutela son susceptibles de eventual revisión por la Corte constitucional que es el órgano de cierre de dicha jurisdicción.



Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Respuesta. Sí, de manera excepcional. En Colombia existe el control abstracto y concentrado de constitucionalidad de las leyes, con efectos *erga omnes*, que se ejerce de manera general por la Corte Constitucional y en forma residual por el Consejo de Estado, este último respecto de ciertos decretos expedidos por el Gobierno Nacional. Paralelo a ello, la Constitución consagra la llamada excepción de inconstitucionalidad, que se trata de un instrumento a través del cual todos los jueces pueden decidir inaplicar una norma jurídica en un caso concreto cuando encuentren que la disposición viola la Carta Política. En estos casos la inaplicación de la norma sólo produce efectos *inter partes*.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Respuesta. No. Cuando el juez de la causa considera que la norma aplicable al caso concreto es inconstitucional, puede inaplicarla a través de la excepción de inconstitucionalidad. Si no está frente a tal eventualidad, el juez debe aplicar la norma, aun cuando tenga dudas sobre su constitucionalidad.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Respuesta. Sí, pero indirectamente. Aun cuando no hay un recurso directamente orientado a impugnar ante la Corte Constitucional las provi-



dencias judiciales, cumplidos ciertos requisitos de procedibilidad, es posible controvertir las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales a través de la acción de tutela, promoviendo dicha acción ante el respectivo superior jerárquico. Las decisiones de los jueces de tutela son, a su vez, objeto de eventual revisión por la Corte Constitucional, que tiene la calidad de órgano de cierre de la Jurisdicción constitucional, y a quien le corresponde definir con criterio unitario el contenido de los derechos fundamentales y unificar la jurisprudencia sobre la materia.

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

Respuesta. Mediante la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, conforme al cual «toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública». De acuerdo con la misma norma, la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

Respuesta. La acción de tutela contra providencias judiciales es de alcance excepcional y restringido y sólo procede en aquellos eventos en los que pueda establecerse que la decisión es manifiestamente contraria al orden jurídico y violatoria de derechos fundamentales, en especial, de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En ese sentido,



para que una decisión judicial pueda impugnarse por vía de tutela se requiere que presente, al menos, uno de los siguientes defectos o vicios:

- Defecto orgánico, que se configura en los eventos en que la decisión cuestionada ha sido proferida por un operador jurídico que carecía de competencia para ello, esto es, cuando el funcionario es claramente incompetente para dictar la providencia.

- Defecto sustantivo o material, que se presenta cuando la decisión judicial se sustenta en una disposición claramente inaplicable al caso concreto, situación que tiene lugar en los siguientes casos: 1) cuando se aplica una norma inexistente o, 2) que haya sido derogada o declarada inexecutable o, 3) que estando vigente, su aplicación resulta inconstitucional frente al caso concreto o, 4) cuando se aplica una norma que es incompatible con la materia objeto de definición judicial.

- Defecto fáctico, que se entiende estructurado siempre que existan fallos estructurales en la decisión que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. En ese orden, tales deficiencias pueden generarse como consecuencia de una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido –insuficiencia probatoria–, o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso –interpretación errónea– o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto –ineptitud e ilegalidad de la prueba–.

- Defecto procedimental, tiene ocurrencia cuando la autoridad judicial se aparta abiertamente y sin justificación válida de la normatividad procesal aplicable al caso concreto. En estos casos, para que exista un desconocimiento del procedimiento previsto en la ley, la jurisprudencia ha señalado que éste debe cumplir dos requisitos: 1) que obedezca a un error manifiesto que contraría el debido proceso y se proyecte sobre la decisión final y 2) que en ningún caso el mismo resulte atribuible al afectado.



- Error inducido, se presenta en los casos en los que la decisión se toma por el juez con base en una equivocada percepción de la realidad procesal atribuible a hechos o situaciones jurídicas realizadas por terceros.
- Decisión sin motivación, que se da cuando los servidores judiciales incumplen su deber de incluir en la misma providencia los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones.
- Desconocimiento del precedente, que se puede presentar, por ejemplo, en los casos en que la Corte Constitucional fija el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando o desconociendo sustancialmente dicho alcance. También ocurre cuando los jueces, sin la debida justificación, se apartan del precedente aplicable.
- Violación directa de la Constitución, lo cual puede ocurrir en los eventos en que, amparado en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

Respuesta. La acción de tutela está regulada directamente en la Constitución Política y desarrollada en detalle en los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1991 y 1382 de 2000. No existe una regulación especial para la tutela contra providencias judiciales;. La misma se rige por las disposiciones generales en referencia, salvo en lo que toca con las condiciones de procedibilidad, que han sido desarrolladas jurisprudencialmente.

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

Respuesta. Puede ejercerla la persona que se considere afectada en sus derechos fundamentales por la decisión judicial, directamente o a través de

representante o apoderado judicial. También puede ejercerse a través de agencia oficiosa, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia acción. Pueden agenciar derechos cualquier persona y, de manera especial, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo.

b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?

Respuesta. Contra las decisiones judiciales que no son susceptibles de ningún recurso, o respecto de las cuales ya se han agotado los existentes, salvo que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?

Respuesta. El régimen de la acción de tutela no contempla un plazo de caducidad de la acción, sin embargo, por virtud del principio de inmediatez que la caracteriza, la jurisprudencia ha señalado que la misma debe interponerse dentro de un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la violación o la amenaza del derecho.

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

Respuesta. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales son:

(i) Que la controversia planteada en sede de tutela sea constitucionalmente relevante, lo cual quiere decir que el conflicto trascienda el ámbito de la mera legalidad e implique la afectación o amenaza grave e inminente de los derechos fundamentales del solicitante.



(ii) Que previamente se hayan agotado todos los mecanismos ordinarios o extraordinarios de defensa judicial previstos en el ordenamiento, a menos que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(iii) Que el solicitante acuda a la acción de tutela dentro de un término razonable desde la expedición de la providencia impugnada.

(iv) Que el afectado identifique someramente la causa que da lugar a la solicitud de protección, los derechos afectados y las razones de su presunta violación.

(v) Que la irregularidad que se impugna tenga un efecto directo y determinante en la decisión de fondo adoptada por la autoridad judicial, es decir, que la misma incida de tal forma en la decisión final, que de no haberse presentado o de haberse corregido a tiempo, habría variado sustancialmente el alcance de esta última.

(vi) Que la tutela no se dirija contra una sentencia de tutela, pues no se le puede dar un carácter indefinido a los conflictos que se ventilan por la vía del amparo.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

Respuesta. No.

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

Respuesta. Excepcionalmente, cuando la autoridad judicial se ha negado a acatar la decisión del juez de tutela, o cuando las circunstancias del caso exigen y hacen posible que sea el juez de tutela quien profiera la providencia de reemplazo.

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Respuesta. Sí.

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

335

Respuesta. No.

4.5 ¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?

Respuesta. En el año 2006, la Corte Constitucional profirió un total de 1.093 sentencias, de las cuales 845 correspondieron a procesos de tutela (77,3 por 100) y 248 a procesos de control abstracto de normas (22,7 por 100).

De las 845 sentencias dictadas en procesos de tutela, 132 correspondieron a procesos contra sentencias judiciales (15,6 por 100), de las cuales 56 fueron concedidas (42,4 por 100).



II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. **¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?**

Respuesta. Sí. La Corte Constitucional se encuentra integrada por nueve magistrados elegidos por el Senado de la República de ternas enviadas, tres por el Presidente de la República, tres por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado, para períodos de ocho años.

6. **¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.**

Respuesta. Sí. Algunas Salas de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado han decidido, por diversas razones, no cumplir las sentencias de tutela contra providencias judiciales a través de las cuales se les ordena revocar una decisión propia y proferir una nueva sentencia conforme a la Constitución, asunto que tiene especial significación frente a las sentencias de tutela dictadas por la Corte Constitucional en sede de revisión. Para el Consejo de Estado y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia es improcedente la acción de tutela contra sentencias judiciales de las altas cortes pues ello equivaldría a modificar por esta vía la competencia que la Constitución les asigna como «órganos límite» de la respectiva jurisdicción. Para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Colombia no procede la acción de tutela contra ninguna decisión judicial pues consideran que de lo contrario se estaría atentando contra los principios



de seguridad jurídica y autonomía funcional del juez. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la procedencia de la acción de tutela incluso contra sus propias decisiones judiciales. La decisión de las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia de no cumplir las sentencias de tutela de la Corte Constitucional ha dado lugar a que las persona afectadas acudan al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes para que investigue la conducta de los magistrados.

La posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales ha sido recientemente morigerada, en el sentido de admitir la tutela en casos concretos y excepcionales, cuando con las actuaciones u omisiones de los jueces resulten violados en forma evidente derechos constitucionales fundamentales.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**



I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

338

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

La experiencia costarricense se basa en la existencia de un Tribunal Constitucional, en la modalidad de una Sala Constitucional adscrita a la órbita de la Corte Suprema de Justicia, pero en todo caso como Tribunal con competencia exclusiva y excluyente en estas materias.

Se hace necesaria una precisión acerca de asumir que todo Juez, en el Estado democrático de derecho, es «juez de la Constitución» y en esa condición debe actuar en los procesos que se le presenten, al aplicar una norma o juzgar un acto, siempre guiado por parámetros de constitucionalidad. Y aunque parezca romántico, este tema es inescapable, porque en el desempeño de sus funciones, todo juez queda sometido a la Constitución y la ley, si bien con respeto del principio de jerarquía normativa. En otras palabras, la Constitu-



ción vincula directa e inmediatamente a cualquier juez en sus decisiones, mientras que la ley lo vincula, en el tanto se corresponda o adecue a los mandatos constitucionales.

Ésta es una premisa fundamental, de la que debemos partir antes de ir al análisis del papel de un tribunal especializado en temas constitucionales.

En unos casos, si al tener que aplicar una ley o norma en el asunto *sub judice*, el juez tiene fundados motivos para dudar de su constitucionalidad, según el sistema de que hablemos, puede desaplicar por mano propia la ley, con efectos *inter partes* y para el caso concreto, estamos ante el denominado sistema difuso. No es el caso de Costa Rica.

En algún otro sistema (por ejemplo el costarricense antes de la reforma de 1989), deberá aplicar la ley o norma, pese a sus dudas de constitucionalidad, por importantes que sean, ya que solamente un Tribunal Constitucional (o quien haga sus veces) tiene poder para declarar esa inconstitucionalidad. Estamos ante el llamado sistema concentrado.

En nuestro país, tenemos una versión atemperada de este último sistema, pues cuando al tener que aplicar una norma en un proceso determinado, el juez encuentra motivos fundados para dudar de su constitucionalidad, formulará consulta de constitucionalidad al tribunal especializado en la materia. Es la llamada «consulta judicial», introducida en una versión específica del sistema concentrado de control de constitucionalidad, porque el juez que eleva la cuestión (consulta), deberá suspender el dictado de la sentencia, a la espera de lo que decida el tribunal constitucional, que es el que tiene la última palabra en la materia. Si decide que no hay inconstitucionalidad, el juez dictará sentencia con abstracción de su criterio —o muy a su pesar—, pero si se declara que la norma es inconstitucional, el juez deberá resolver el fondo del caso *sub judice* aplicando el criterio del tribunal constitucional.



En todo caso, como señalara el Profesor costarricense Eduardo Ortiz Ortiz, el sistema siempre mantiene el monopolio de declarar la inconstitucionalidad en el tribunal constitucional –especializado–, pero incorporando al juez ordinario en el sistema de justicia constitucional, ya que lo obliga a razonar y precisar sus reparos de constitucionalidad, y evita llevarlo a un «pecado de lesa Constitución», como cuando no le permite plantear la consulta o la cuestión y lo obliga a resolver con prescindencia de lo que él piensa respecto de posibles inconstitucionalidades de la norma a aplicar.

Pero por otra parte, hay que asumir también la división del trabajo en las funciones del Estado, que hoy por hoy se profundizan y se amplían, como cuando adquieren asiento constitucional órganos que por sus competencias se tornan fundamentales, Tribunales Electorales, Cortes de Cuentas. En este tema, se avanza cada día más hacia una Jurisdicción constitucional perfectamente identificable, diferenciada competencialmente de la ordinaria, incluso con órganos especializados en diversos niveles, al estilo de las otras jurisdicciones, aunque con esa nota de «cúspide» que en esta materia necesariamente va a ostentar un Tribunal Constitucional.

No obstante, el caso de Costa Rica puede ser un (mal) paradigma, pues se trata de una Jurisdicción constitucional de tribunal único, una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia, con reconocimiento de «intérprete supremo», o «guardián» de la Constitución, de allí la incidencia de sus decisiones en todo el ordenamiento, en el funcionamiento de los poderes públicos y en las personas en general.

De modo que, no obstante el matiz que evidencia nuestro sistema, podemos compartir la frase del Profesor Häberle al comentar que «la marcha triunfal de la Jurisdicción constitucional es hoy mundial»²⁶¹.

²⁶¹ «La Jurisdicción Constitucional institucionalizada en el Estado constitucional», Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N.º 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales», Madrid, 2001, p. 175.

Resulta necesario comentar también que, históricamente, la sustitución del modelo de una Corte Suprema de Justicia, o unos tribunales comunes haciendo justicia constitucional (o funcionando como una Jurisdicción constitucional), se ha ido dando en nuestros países por la influencia europea, en donde a partir de la Segunda Posguerra han ido creándose tribunales o cortes constitucionales, fuera del Poder Judicial, como parte de una corriente de pensamiento surgida a raíz de la tragedia que significó el nacional socialismo. Las discusiones de la Carta de Naciones Unidas (San Francisco, 1945), o las que se dieron con motivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), son un buen ejemplo de ese resurgimiento de un pensamiento humanista que dio paso a acciones concretas en cuanto a la necesidad de establecer un cierto bloque de derechos propios de la dignidad de la persona humana, y a que además, tuvieran algún tipo de garantía.

En el entorno latinoamericano, en ocasiones ha sido el paso a la democracia, luego de gobiernos dictatoriales, lo que ha permitido a los Estados pensar en una Constitución, con fuerte vocación dogmática, acompañada de un Tribunal Constitucional. Podríamos poner como ejemplo de ello, a Guatemala. También tenemos que un tribunal constitucional puede nacer en base a la insatisfacción con el desempeño exhibido por la justicia ordinaria en el manejo de casos constitucionales, cuando le ha tocado fungir con lo que vulgarmente se denominan «los dos sombreros», esto es, siendo justicia constitucional y justicia ordinaria, a la vez. Yo creo que ésta fue la causa determinante en el caso de Costa Rica²⁶².

²⁶² Resulta interesante reseñar que Pablo Pérez Tremps y Enrique Álvarez Conde –entre otros–, señalan, casi con carácter de acusación, que el Tribunal Supremo español, ya estando vigente la Constitución de 1978, otorgaba a las disposiciones constitucionales un carácter de recomendación, o de buenos consejos para el legislador, pero no propiamente reconociéndole carácter normativo autoaplicativo. Este último lo dice en los siguientes términos: «La idea de Constitución como norma jurídica no fue, en un principio, plenamente asumida por nuestra jurisprudencia ordinaria. Entre los años 1980 y 1982 se van a producir diversas manifestaciones que implican una consideración de la Constitución como un texto meramente programá-



Pero no estamos hablando, obviamente, de dos cuestiones pacíficas. Por una parte, ya se había cuestionado el hecho de hacer «listados» de derechos, señalándolo como un obstáculo para su pleno reconocimiento. Siguiendo en esto al Profesor Pérez Royo, veamos las dos prevenciones más importantes de este reparo:

«1. Porque, haciendo uso del conocido aforismo *enumeratio ergo limitatio*, se llegó a considerar que su inclusión en la Constitución podría suponer una restricción en lugar de una ampliación o garantía de la esfera de los derechos individuales. Fue la argumentación inicial de los Federalistas americanos, para quienes una enumeración precisa de los derechos en la Constitución sería peligrosa, «en la medida en que podría suponer que todo derecho no incluido» en la misma «quedaría a disposición del gobierno»²⁶³.

2. Porque los derechos «naturales», por el simple hecho de serlo, eran tan obvios, que no se entendía que hubiera que poner por escrito lo que era evidente y tenía por tanto que estar por encima de toda discusión. Fue la posición, por ejemplo, de Emilio Castelar en las constituyentes de 1869. En el futuro, vino a decir, quienes lean la Constitución que se estaba elaborando, se reirían de sus autores, ya que especificar que los hombres tienen derecho la vida, a la libertad personal e ideológica, etc., es como poner en la Constitución que los hombres tienen dos ojos, dos manos, etc.»

tico y nunca directamente aplicable, siendo utilizada, por otro lado, en las diferentes argumentaciones con un carácter meramente residual, destacando incluso su inferioridad frente a otros textos legales». Vid «Curso de Derecho Constitucional», Editorial Tecnos, IV edición, Madrid, 2003, p. 158.

²⁶³ Hoy, se cuenta con otra modalidad, como la que adopta la Constitución costarricense, de darle a los derechos contenidos en instrumentos de Derechos Humanos vigentes en el país, un trato similar al de los propiamente constitucionales. Eso, ha dicho la jurisprudencia constitucional, significa que, en la medida en que aquellos instrumentos contengan derechos más generosos para la persona, priman por sobre la Constitución. A la vez, eso implica en la práctica tener tantas «constituciones» como instrumentos de Derechos Humanos tenga vigente el país, con lo que hasta cabría expresarse como lo hizo un jurista, en el sentido de que hoy Constitución dice uno 90 por 100 más de lo que siempre creímos que decía.

El curso de los acontecimientos históricos ha venido a demostrar más allá de toda duda que quienes se oponían de esta manera a la constitucionalización de los derechos, no tenían razón... La constitucionalización de los derechos ha sido un instrumento de «ampliación» de los originarios derechos naturales del hombre. No se ha ido a menos, sino a más, como la comparación de los textos constitucionales de finales del XVIII y del XIX y los de hoy pone de manifiesto (...) Por lo demás, tras las experiencias totalitarias de nuestro siglo, no creo que nadie pueda dudar de la necesidad de no bajar la guardia en lo que a reconocimiento y garantía de los derechos se refiere»²⁶⁴.

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión, la necesidad del Tribunal especializado como tal, solamente apunto que ha generado un debate de naturaleza más profunda, que todavía hoy subsiste, aunque en lo personal la estimo superada satisfactoriamente. Esta cuestión puede resumirse con la siguiente cita:

«No debemos por último dejar de mencionar el nudo de cuestiones que más característicamente se halla unido a la naturaleza rígida de las modernas constituciones y a su conflicto con la decisión democrática. Se trata de que esa rigidez está íntimamente ligada a la *primacía* de la Constitución y que esa primacía se hace guardar usualmente por un órgano judicial. Y aquí vienen otras preguntas: «¿Está justificado y en virtud de qué, que «un órgano que no es elegido, o que no es políticamente responsable de ningún modo significativo le diga a los representantes elegidos por el pueblo, que no pueden gobernar como quisieran?». Es lo que a partir de Bickel suele llamarse «*objeción contramayoritaria*» a la *judicial review*: «... cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley del legislativo o una acción de un ejecutivo elegido, frustra la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y de ahora, ejerce un control no en nombre de la mayoría pre-

²⁶⁴ Pérez Royo, Javier, curso de Derecho Constitucional, 8.ª edición, Madrid-Barcelona, 2002, p. 262.



valeciente, sino contra ella. Esto, sin aspavientos místicos (*mystical overtones*), es lo que realmente sucede...»²⁶⁵.

Yo digo que es un tema superado, en el sentido de que es la propia Constitución la que marca o fija competencias a los diferentes órganos esenciales del Estado, de modo que no podríamos esperar o exigir más acerca del origen democrático de una Corte, Tribunal o Sala Constitucional, en la medida, claro, que sea el propio texto supremo el que se ocupe de crearlos y definirles un perfil competencial.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

344

Por lo que se lleva dicho en esta corta ponencia sobre la justicia constitucional en Costa Rica, la respuesta es negativa.

Pero puede agregarse, con el propósito de ampliar esta cuestión, que la propia Sala Constitucional contestó negativamente a este pregunta, precisamente ante una consulta de juez, y en la sentencia número 1185-95, de 14:33 horas del día 3 de marzo de 1995, en la que entre otras cosas, dijo:

El Juez que consulta expone sintéticamente los motivos de duda y afirma que el artículo 8.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial podría ser inconstitucional, en cuanto otorga al juez ordinario una competencia para pronunciar la inconstitucionalidad de normas, si bien *in casu et inter partes*. La Sala estima que este asunto conforma en sí mismo un aspecto fundamental para poder

²⁶⁵ Alexander Bickel, citado por Laporta, Francisco J., «Filosofía del Derecho y Norma Constitucional: una aproximación preliminar», en *Constitución: Problemas Filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 40.



entender el funcionamiento del ordenamiento jurídico y el papel de la judicatura dentro de él. Para comprender el porqué de la consulta que ahora se formula, es esencial asumir que la Constitución Política sólo tiene sentido formal y material para la sociedad, cuando le demos el valor normativo de cúspide, conformador e informador de todo el sistema y de sus componentes. Como lo afirma la doctrina constitucional, el principio de supremacía constitucional es un *prius* del ordenamiento, pues no deriva de que exista una norma que expresamente la consagre, sino de un contexto dispositivo-normativo, del que derivemos que a la sociedad se ofrece esa supremacía. Ya no solamente es importante que podamos contar en la Constitución Política con un elenco de derechos (que llamamos fundamentales), sino que éstos se acompañen de garantías, en el verdadero sentido de la palabra, que actúen no sólo como mecanismos procesales conducentes a la concreción de aquéllos, tales como el hábeas corpus o el amparo, sino vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios; a ello también podemos agregar la rigidez de la Constitución, que impide cambios súbitos o intempestivos, la división de funciones (separación de poderes), etc. Asumiendo, pues, como principio básico el de la supremacía de la Constitución, a fin de encontrarle a su vez sentido práctico y de eficacia, lo que cabe preguntarse es a quién le corresponde la custodia de la Constitución y su fuerza normativa suprema.

IV.

EL PAPEL DEL JUEZ Y EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Si la Constitución Política tiene un carácter normativo supremo, debe efectivamente conformar y condicionar la validez y eficacia de toda norma inferior o subordinada, y sirve de parámetro para legitimar o no la actuación



de cualquier autoridad pública y hasta de los sujetos privados. Desde la perspectiva de este razonamiento lógico-jurídico, la Constitución impone un deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad, cuya inobservancia trae aparejada una ilicitud que calificamos en grado máximo. Por eso mismo, no sólo las infracciones constitucionales son las más graves, sino también lo son los propios remedios jurídicamente previstos para ello, generalmente atribuidos de un poder de anulación absoluto, cuya consecuencia es la restitución –de pleno derecho– de las situaciones al estado anterior a la infracción. Por eso, también es fácil constatar en la práctica, que la declaratoria de ilegitimidad constitucional se constituye en un hecho socialmente traumático, puesto que a ese poder anulatorio absoluto se acompaña un valor *erga omnes*.

El principio de supremacía de la Constitución, en el caso costarricense, no solamente lo tenemos expresamente consagrado en el artículo 10, sino que de modo clarísimo, complementado respecto del órgano encargado de mantenerla o preservarla, según lo que adelante analizaremos. Esto que hemos expresado hasta ahora gira alrededor de que la Constitución tiene una eficacia directa y vincula sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. Y, es por ello, que toda autoridad, en general, tiene capacidad y poder para aplicar, desarrollar y expandir los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. Si esto no fuera así, toda la argumentación acerca de la jerarquía de las normas, principios y valores constitucionales, caería convertida en una fantasía insubsistente. Sería mera ciencia ficción, una entelequia, en la que simultáneamente existen dos mundos jurídicos ubicados en planos diferentes y sin comunicación entre sí. Ahora bien, en un estadio más avanzado de la argumentación, también perfectamente cabe que nos preguntemos si a propósito de esa supremacía constitucional, todo juez, y más allá, si toda autoridad pública, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma inferior que roce o choque contra el orden constitucional. No podemos negar que hay una tentación instintiva, casi natural, a contestar afirmativamente. Posiblemente la transparencia y

profundidad del análisis del *Chief Justice* Marshall, casi doscientos años atrás en los Estados Unidos de América, sigue impresionando y cautivando hasta tal punto en el pensamiento jurídico, que se puede llegar a creer, sinceramente, que la construcción que él inició para el que simplemente llamaremos «*sistema norteamericano*», puede incorporarse sin necesidad de cambios profundos, a nuestro entorno jurídico. El control de constitucionalidad en el «*sistema norteamericano*», pues, como creación pretoriana, ejemplifica perfectamente, la creatividad que a los jueces les ha correspondido en el sistema jurídico anglosajón. En la tradición europea continental, sin embargo, principalmente a raíz de la Revolución Francesa, el concepto del juez quedó muy disminuido, muy limitado y no ha sido fácil ir rescatando la importancia de su papel en la evolución y hasta en la creación del derecho, como lo han expresado casi poéticamente maestros de talla mundial (Calamandrei, Carnelutti). Y si bien le asignamos al juez un papel creador, al menos en punto a la expansión y desarrollo de los derechos fundamentales, lo cierto es que en nuestra tradición, todo funcionario público, incluido el juez, debe regirse por el principio de legalidad, según el cual no puede arrogarse facultades que la ley no le concede, y paralelamente, que una competencia sólo puede existir a texto expreso de norma autorizante. Desde este análisis de aproximación, quedan excluidas del escenario argumentativo, las razones de oportunidad o conveniencia, a la hora de precisar una respuesta a la consulta de constitucionalidad que se formula. El artículo 11 de la Constitución Política dispone que ningún funcionario puede arrogarse facultades que la ley no le concede y esa normativa debemos entenderla también en su verdadera dimensión, pues no basta, en nuestro análisis, que una ley ordinaria disponga de una manera, si la Constitución lo hace de modo diferente. Por eso mismo, no nos puede bastar que una ley otorgue la facultad –o competencia–, si la Constitución formula otro modelo y atribuye esa facultad o competencia a otro órgano.



EL CASO COSTARRICENSE Y LA RESERVA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 10 Constitucional, en lo conducente, dice:

«Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público...»

Como se ve, el artículo consagra el principio de supremacía de la Constitución, y a la vez resuelve el tema conexo de definir a quién corresponde la preservación de ese principio. El texto, producto de la reforma de 1989, confirma la tesis de un sistema concentrado que ya venía consagrado constitucionalmente desde 1949 y a nivel meramente legislativo desde 1938. En opinión de este Tribunal, la norma constitucional otorga competencia para «*declarar la inconstitucionalidad*» de normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público a un órgano que crea en ese acto: una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, por cierto, la única Sala de la Corte Suprema de Justicia de la cual se ocupa –y extensamente– la Constitución Política. El artículo, al menos en la parte *supra* transcrita, que es la que interesa a los efectos de esta sentencia, puede decirse que tiene notables diferencias con el texto que sustituyó y que venía desde 1949. Entre ellas, tenemos:

- a) crea un órgano especializado para conocer de la inconstitucionalidad, lo que luego la Ley de la Jurisdicción Constitucional denominará Sala Constitucional;
- b) le otorga competencia universal para declarar la inconstitucionalidad, pues abarca normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público;

c) ya no define la naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad, como sí lo hacía el anterior artículo 10, que ligaba la inconstitucionalidad a la nulidad absoluta. Eso ha quedado ahora a la regulación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que lo hace en sus artículos 88 y 91 al disponer que la sentencia que acoja la inconstitucionalidad es declarativa, por tanto anulatoria y con efecto retroactivo a la fecha de vigencia de la norma inconstitucional.

De ahí que el artículo 10 constitucional y la Ley de la Jurisdicción Constitucional forman un indisoluble núcleo del sistema de control de constitucionalidad costarricense, en tanto ésta desarrolla lo mandado en aquél, y se hace prácticamente insuperable para cualquier otra normativa que intente penetrarla. Del artículo 10 actual se puede decir que no solamente ha creado una Jurisdicción constitucional especializada, vedando claramente a la Jurisdicción ordinaria el ejercicio compartido de aquélla, sino que también le ha otorgado un carácter concentrado en grado máximo, al reunir en ella una serie de competencias (hábeas corpus, amparo, inconstitucionalidad, consultas legislativas, consultas judiciales, conflictos entre Poderes, etc.) que por una parte, eran compartidas en el antiguo sistema por varios tribunales, y por otra, innovando competencias, que también se concentran en esta nueva Jurisdicción constitucional. Por ello, el citado artículo 10 otorga una competencia exclusiva y excluyente a un órgano especializado, cuya composición ha sido también especialmente diseñada por el legislador constitucional. No puede echarse de menos, para encontrarle el sentido correcto a la citada norma, que el texto constitucional omite indicar que ningún otro tribunal podría pronunciar la inconstitucionalidad de normas y actos. Una exigencia de ese tipo enfrentaría la lógica jurídica. Por eso, en cualquier caso se debe entender que existe una clara y absoluta reserva constitucional en esta materia, que se convierte en materia no disponible para el legislador ordinario. Un tema similar ha sido tratado y resuelto por la jurisprudencia constitucional en la misma forma,



cuando se dijo que el Tribunal Supremo de Elecciones podía válida y legítimamente dictar normas reglamentarias relacionadas con la ejecución de los recursos financieros con que el Estado financia la participación de los partidos políticos en las elecciones generales, porque es materia electoral y lo electoral constitucionalmente le ha sido atribuido, no obstante que en principio la materia reglamentaria corresponde al Poder Ejecutivo, por disponerlo así, pero de modo genérico, la Constitución. En la hipótesis de que el Tribunal Supremo de Elecciones fuera un órgano de mera creación legal, no podría ostentar el poder reglamentario, que es originario del Ejecutivo (*vid.* sentencia núm. 980-91). En otras palabras, no basta que estemos convencidos de la necesidad o utilidad de que cualquier juez pueda pronunciar la inconstitucionalidad de una norma, pues en el Estado de Derecho se requiere que haya una competencia legítimamente otorgada. En el caso bajo análisis, una ley ordinaria no basta para desvirtuar el esquema constitucional. El control de constitucionalidad en poder del juez ordinario sería posible –acaso necesario, conveniente, útil y todo lo que se quiera– si no hubiera una regulación constitucional que expresamente atribuye esa competencia a un órgano calificado, creado por ella misma, como es la Sala Constitucional. Como se ha dicho, en forma resumida, esa posibilidad del control en manos diferentes al órgano constitucionalmente señalado, queda fuera del alcance de la ley ordinaria, pues la materia constitucionalmente regulada automáticamente escapa a su ámbito y rango de regulación, como también se ha escrito en el ámbito de la doctrina nacional. Ésta es la verdadera reserva que la Constitución establece en materia de control de constitucionalidad. Por ese motivo, hablamos aquí ya no simplemente del principio de legalidad, sino específicamente del principio de legalidad constitucional, que es su versión más calificada y atendible. Ante tal reserva, constituiría un sofisma afirmar que el principio de supremacía constitucional lleva a que toda autoridad pública –y obviamente todo juez– tiene competencia para desaplicar las normas inconstitucionales, independientemente del alcance que se le otorgue a ese acto.



Por eso es importante señalar el desarrollo que la Ley de la Jurisdicción Constitucional ha hecho de esa reserva constitucional, cuando en su artículo 4.º dispone:

«La Jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política.»

Significa esta reafirmación, ni más ni menos, que no podemos entender en el sistema costarricense una Jurisdicción constitucional compartida. Y entendemos que la Jurisdicción constitucional equivale a justicia constitucional, es decir, son términos sinónimos, por lo que sería una especie de artilugio tratar de diferenciar entre una y otra para entonces legitimar la interpretación del artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su mera literalidad.

VI.

NATURALEZA DE LA CONSULTA JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Debemos tomar en cuenta, de manera adicional, que dentro de las novedades del actual sistema patrio de control de constitucionalidad, se otorga al juez ordinario la posibilidad de consultar a la Sala Constitucional **cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma que deba aplicar en un caso concreto** (art. 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). No se trata de una legitimación pura y simple que se otorga al juez, sino que más bien se trata de incorporarlo en el proceso de control de constitucionalidad, que entendemos como una necesidad de derecho público, pero de una manera compatible con el sistema total de justicia constitucional que venimos comentando. Sin perjuicio de extendernos en otros aspectos en el Considerando IX, por ahora afirmamos con quienes así se han expresado, que el ofrecer la posibilidad de que los jueces consulten al Tribunal Constitucional, cuando tengan verdadera y



fundada duda sobre la constitucionalidad de la norma que deban aplicar en un caso concreto, antes que debilitarlo, fortalece el papel de la jurisdicción común en la aplicación y concreción de los principios y normas constitucionales. Por eso mismo, consideramos que se daría una contradicción insalvable, si concluyéramos en que el juez del orden común tiene la posibilidad de formular consulta judicial, si él también pudiera resolver por sí mismo el punto, o que le queda a él la posibilidad de escoger entre consultar al órgano con competencia para definir esos aspectos, o desaplicar directamente. En este sentido específico debe agregarse que la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como integrante del parámetro de constitucionalidad, según lo ha dicho la Sala, al ser un desarrollo de las garantías constitucionales y por tanto, ley especial u orgánica de la Jurisdicción constitucional, debe ser la que regule todos los supuestos del ejercicio de la competencia en esta materia²⁶⁶.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?

²⁶⁶ Debe agregarse que esta sentencia fue tomada con el voto de cinco de los siete Magistrados de la Sala Constitucional, y tiene el voto disidente de los Magistrados Piza (qepd) y Mora, quienes estiman que en nuestro sistema es difuso, y por tanto es posible que los jueces del orden común desapliquen leyes para el caso concreto y con alcance *inter partes*.



4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

- a) ¿Quién puede ejercerlo/a?
- b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?
- c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?
- d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

- a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?
- b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?
- c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?
- d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Todas las anteriores preguntas se contestan resumidamente con la afirmación de que en Costa Rica no procede amparo contra resoluciones jurisdiccionales.



Y no ha sido tema pacífico en nuestro país.

En efecto, el artículo 48 de la Constitución Política no tiene reserva al respecto y no es sino el artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la que ha venido a imponer la citada restricción.

Pero aquí, de nuevo, es la propia Sala Constitucional la que en acción de inconstitucionalidad planteada contra la citada norma legal, ha desestimado los cuestionamientos que se le hacen a esta norma infraconstitucional, concluyendo que no hay tal inconstitucionalidad en la ley, resultando legítimo que se niegue amparo contra resoluciones jurisdiccionales. Aclaro, sí, que no están incluidas en lo anterior las decisiones administrativas del Poder Judicial y los órganos que lo integran, como es la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior del Poder Judicial, u otros órganos menores, pues no debe caber duda de la justiciabilidad en sede constitucional de las decisiones o actuaciones que tomen esos órganos administrativos, que deriven en afectación de derechos fundamentales.

La consecuencia inmediata, y a la vez más importante del principio de supremacía de la Constitución Política, es que una ley secundaria –que solamente se legitima en tanto sea desarrollo de aquélla– no pueda introducir limitaciones que alteren o dejen sin el contenido esencial derechos y garantías que el constituyente ha estimado necesarios para la convivencia armónica y justa en una sociedad democrática. Esa concepción es básica para el Estado Constitucional.

En el caso concreto de nuestro país, el artículo 48 de la Constitución, que en su reforma del año 1989 recepta a lo interno el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al mismo nivel constitucional, no hace ninguna distinción entre los derechos que puedan ser tutelados en vía de amparo, ni tampoco en la fuente que produce su infracción. Esa norma a la par de reco-



nocer el recurso de hábeas corpus, instaurado para garantizar la libertad e integridad personales, hace lo propio en relación con el amparo. Sobre éste, dispone que:

«Toda persona tiene derecho (...) al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República.»

En otras palabras, está reconocido a nivel constitucional que el hábeas corpus y el amparo son los dos instrumentos procesales (más) idóneos para la protección de los derechos fundamentales, de modo que no tiene explicación que a continuación el legislador ordinario le haya dado un tratamiento diferente a uno y otro, disponiendo en la Ley de la Jurisdicción Constitucional que por medio del primer recurso se protegerá la afectación de la libertad e integridad personales provenientes de cualquier tipo de autoridad, **incluso la judicial** (art. 15 de la Ley que rige nuestra jurisdicción) una restricción a la libertad e integridad personales, mientras por medio del amparo se protegen los otros derechos fundamentales, cuando las violaciones provengan de autoridad o incluso sujetos de derecho privado, **excepto de autoridad judicial** [art. 30, inciso b), de esa Ley].

Esta cuestión, que el legislador ha estimado como disponible para sí, a mi modo de ver es inconstitucional, ilegítima, desconocedora de una reserva constitucional en la materia.

En estos casos del artículo 30, inciso b), se está propiciando una impunidad en favor de la jurisdicción diferente a la penal, como si en esas sedes no se dieran infracciones a los derechos fundamentales y al debido proceso, cuestión que desmiente la praxis judicial. Ahora bien, porque precisamente no se trata de que la Jurisdicción constitucional quede como un órgano que



procesalmente agota los recursos contra cualquier decisión de la justicia ordinaria, creo que debe diseñarse un recurso de amparo que solamente quepa contra sentencias definitivas dictadas por los tribunales de cúspide (especialmente de Casación), en el tanto se trate de violaciones groseras. O, eventualmente, cuando se trate de otro tipo de decisiones, cuando surtan efectos fuera del proceso (embargos, puesta en posesión de un bien). Esto se tiene asumido en el Derecho comparado, por lo que no me convence el argumento de que el legislador consideró que el juzgador ordinario (exceptuado el penal) siempre protege los derechos fundamentales y en consecuencia no hace falta una previsión para que, a través del amparo, la justicia constitucional pueda conocer de lo resuelto por aquél, si bien con las caute las necesarias. Esa posición es irreal y choca contra la praxis judicial. Incluso la propia Sala Constitucional, aunque en casos calificados, se ha auto-exonerado de aceptar el peso del artículo 30 inciso b), y ha anulado resoluciones jurisdiccionales. Pero también ha incursionado, y aquí con más fuerza, cuando la justicia ordinaria actúa lenta o morosamente, violando el artículo 41 de la Constitución Política –justicia pronta y cumplida– y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –juzgar en plazo razonable–. Porque, finalmente, si los jueces, independientemente del ramo jurisdiccional, fueran jueces de la Constitución, como todos qui-siéramos, entonces deberíamos ir a un sistema difuso de justicia constitucional, en donde en efecto no solamente la Sala Constitucional hiciera de juez constitucional, y así le encontraríamos congruencia al sistema. Pero no, la situación no es ésta, y más bien el costarricense es un sistema de justicia constitucional ultraconcentrado.

En resumen, si se ha dicho que los derechos fundamentales valen lo que sus garantías, no podemos ser flexibles, mucho menos en Costa Rica, que siempre se hapreciado de proteccionista y hasta pionera en la materia. Hago notar también aquí que como desarrollo del principio de supremacía constitucional, también ha dicho la Sala a estas alturas, que ello implica que debe ser removido todo obstáculo para lograrlo, de modo que por ese motivo no tengo

reparo en declarar inconstitucional el artículo 30, inciso b), de la Ley de Jurisdicción Constitucional, con sus consecuencias.

Finalmente, me remito a lo que también he dicho sobre este mismo tema en otras sentencias, entre ellas, las número 227-93 y 2523-93²⁶⁷.

Debo agregar dos cuestiones sobre este tema.

Una, en la práctica, lo que la Sala Constitucional ha declarado acerca de la legitimidad de impedir el amparo contra resoluciones jurisdiccionales, de seguro nos ha obviado la tramitación de miles y miles de amparos, que en estos momentos tendrían absolutamente colapsado al Tribunal y sin posibilidad alguna de escapatoria. Para afirmar esto, baste que nos refiramos a la vocación litigiosa en nuestro país, lo que ha significado que durante el año 2006, la Sala tuviera un ingreso de 16.000 casos nuevos, correspondiendo a amparos un 93 por 100 del total.

Pero, por otra parte, en no pocos momentos (en diferentes países y actividades) se ha elogiado que entre nosotros no exista amparo contra resoluciones judiciales, pues según la opinión de especialistas y operadores jurídicos en este campo, nos ha evitado –aquí sí– graves conflictos a nivel de cúpula entre la Sala Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, y en general, conflictos con la Jurisdicción ordinaria, siendo entonces beneficiarios de la consecuente economía en desgaste para nuestra imagen institucional.

²⁶⁷ Como recurrentemente se han planteado demandas de inconstitucionalidad contra la norma legal, también en otras tantas sentencias he discrepado del voto de mayoría de mis compañeros Magistrados. *Vid.*, entre otras, sentencias números 2000-5883 y 2000-4325, donde he confirmado y ampliado mi opinión sobre el punto.



II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. **¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?**

No, pues los altos jueces constitucionales son nombrados directamente por la Asamblea Legislativa (incluso con las mismas reglas que rigen para el nombramiento de Magistrados de las otras Salas de la Corte Suprema de Justicia).

358

6. **¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.**

Conflictos, afortunadamente, no ha habido. Tal vez al inicio de funciones de la Sala Constitucional (año 1989), un pequeño recelo, al contemplarse el poder competencial que se le atribuía a ésta.

Ciertamente, al pertenecer a la estructura del Poder Judicial, cualquiera podría pensar que la Sala nació administrativamente debilitada, pero como ya se adelantó, más bien es claro en la realidad normativa y en los hechos que no ha sido así, porque quienes la concibieron, en la Constitución y en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se encargaron de otorgarle una consideración específica dentro del contexto judicial.



Hay numerosos ejemplos que permiten identificar ese trato.

Veamos:

a) Nombramiento de los Magistrados. Los Magistrados de la Sala Constitucional tuvieron durante casi quince años un régimen de nombramiento especial, al requerir el voto de al menos las dos terceras partes del total de Diputados de la Asamblea Legislativa, obligando a consensos en amplias mayorías legislativas para ello²⁶⁸.

b) En cuanto al número de Magistrados Propietarios y Suplentes. La Sala Constitucional cuenta con siete Magistrados Propietarios y las otras tres, con cinco. En su primera integración, en el año 1989, dos de los siete Magistrados nombrados provinieron de la Sala Primera de la Corte, que por tal virtud quedó reducida a cinco integrantes y no siete, como hasta la fecha. De allí que algunos empezaron a calificar a la Constitucional como la «super sala». De la misma manera, cuenta con catorce Magistrados Suplentes, mientras que las otras tres Salas de la Corte Suprema con diez cada una.

c) Carácter o naturaleza de la sentencia constitucional. A diferencia del sistema anterior, el valor de las sentencias de la nueva Sala es declarativo y tratándose de la acción de inconstitucionalidad, con valor de nulidad, retroactivo a la fecha de promulgación de la norma anulada, aunque obviamente sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe o de la cosa juzgada.

d) Consulta judicial preceptiva en casos específicos. La Sala Tercera (Penal) de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal deben consultar (preceptivamente) cuando ante ellos se formule recurso de

²⁶⁸ A través de una reforma constitucional, se establecieron similares condiciones a los otros Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.



revisión contra una sentencia penal condenatoria –según la cuantía de la pena–, si ése estuviera fundado en que para imponer la sentencia en cuestión, hubo violación al debido proceso. Aquí, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, la Sala se limita a definir «el contenido, condiciones y alcances de tales principios –del debido proceso– o derechos –de audiencia o defensa–, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso (...) La Sala Constitucional entonces, no califica ni valora, ni verifica la existencia o no de la violación acusada, pero sí corrobora, comprueba o declara si el procedimiento que se alega omitido o inobservado en el juicio penal era o no indispensable para garantizar al acusado –ahora condenado– las exigencias del Derecho de la Constitución para reconocer la existencia y desarrollo de un proceso penal justo...»²⁶⁹.

e) Régimen interno de la Sala. La Sala no está sometida al plan de vacaciones del Poder Judicial y en consecuencia fija las fechas en que sus Magistrados y funcionarios las tomarán, de modo que se garantice el servicio.

f) Otra variable del régimen interno propio. Tiene potestad legal para organizarse o autorregular su actividad, particularmente en lo relativo a turnos extraordinarios de trabajo.

g) Regulación especial para el delicado tema de inhibitorias, excusas y recusaciones. Legalmente, la Sala se rige por sus propias normas y principios en materia de impedimentos, excusas y recusaciones y no por las generales contenidas en los códigos procesales.

²⁶⁹ Así lo estableció en una amplia y paradigmática sentencia, la núm. 1992-1739, de las 11 horas con 45 minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. Esta sentencia ha sido reseñada en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Edición 2000, Fundación Konrad Adenauer/CIEDLA, Buenos Aires, año 2000, pp. 589 y ss.



h) Se reserva al criterio de la Sala Constitucional la decisión sobre la competencia de las competencias. Según dispone la Ley, la Sala resuelve sobre su propia competencia.

i) La Asamblea Legislativa debe consultar obligatoriamente en ciertas hipótesis, los proyectos de Ley. El caso específico de la reforma a la propia Ley que rige a la Sala. La Asamblea Legislativa debe consultarla preceptivamente si se encamina a aprobar algún proyecto tendente a modificar la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con lo cual se garantiza a la Sala detectar cualquier intento de limitar sus competencias, que en el fondo sería limitar garantías y derechos a las personas.

j) Carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional. Los precedentes y la jurisprudencia de la Sala Constitucional son vinculantes *erga omnes* (y salvo para sí misma), mientras que la jurisprudencia de las otras «informa el ordenamiento».

k) Decisiones jurisdiccionales por simple mayoría *vs* sistema anterior de mayorías calificadas para la sentencia estimatoria. En materia de inconstitucionalidad, las decisiones de la Sala se toman por mayoría absoluta de sus integrantes (4 votos de 7), mientras que anteriormente se requería el voto conforme de las dos terceras partes de la totalidad de los Magistrados integrantes de la Corte en Pleno (12 de 17).

Por otra parte, fue la Sala Constitucional la que primero contó con Letrados para auxiliar a sus Magistrados en el desempeño de su trabajo, cuestión que si bien mereció alguna crítica inicial de las otras Salas de la Corte, que nunca habrían pensado siquiera en contar con este tipo de apoyo, ya hoy es aceptado pacíficamente como algo justificado y necesario.



Además, dada la amplitud de las materias que maneja la Sala Constitucional, debe también tomarse nota de que su volumen de trabajo, equivale al 80 por 100 (ochenta por ciento) del movimiento total de casos en las cuatro Salas de la Corte.

l) Secretaría Administrativa para su manejo (a la par de una Secretaría jurisdiccional). En consonancia con ese volumen de asuntos, la Sala Constitucional es la única que ha debido incorporar en su estructura funcional una Secretaría Administrativa, profesional, a la par del Secretario jurisdiccional con que tradicionalmente han contado todas las Salas de la Corte.

m) Sistema de gestión judicial moderno. Y ha sido la Sala Constitucional también, la que impulsó un proceso de organización y gestión judicial, que luego se trasladó al trabajo de la totalidad de las Salas. Sin embargo, es la única que en estos momentos cuenta con grupos especializados de Letrados trabajando en admisibilidad de amparos, hábeas corpus y las cuestiones de constitucionalidad en el sentido más amplio. Cuenta, además, con sus propias bases jurisprudenciales informatizadas a través de dos oficinas, una denominada como la Revista y otra el Centro de Información.

Conclusión afirmativa sobre las relaciones de armonía entre la Sala Constitucional y la Corte Suprema en el caso Costarricense

En la línea de exposición que he intentado darle a esta presentación, incluso me atrevo a afirmar que la Sala Constitucional ha constituido un acicate para impulsar cambios en el seno de la Corte Suprema de Justicia, y eso se ha logrado sin mayores sobresaltos, pues cuando mencioné que hubo alguna reticencias de otros Magistrados o Salas en el inicio de nuestras funciones, realmente han sido observaciones ligeras, como las iniciales referencias a «la Super Sala», que no han llegado a constituir inconformidades verdaderas.



A la inversa, la Sala ha actuado en casos concretos, contra la Corte Suprema de Justicia y el Poder Judicial como tal.

Cito algunas cuestiones que permiten fundar mi posición acerca de relaciones armoniosas entre la Sala Constitucional y la Corte Suprema.

i) *Reacción de los Jueces de Instrucción en los primeros meses de trabajo de la Sala.*

En los primeros meses de funcionamiento de la Sala, algunos Jueces de Instrucción de la región metropolitana de San José, enviaron un memorial a la Sala, quejándose de la «interferencia» que sentían con respecto de resoluciones que se dictaban en recursos de hábeas corpus por parte de la justicia constitucional, cuando ellos ejercían jurisdicción también contemplada por la Constitución Política²⁷⁰. Esta queja obedecía a decisiones específicas de la Sala Constitucional relacionadas con la forma en que se manejaba en la materia penal la detención provisional, la prisión preventiva, que se acostumbraba hacer sin la debida motivación de las resoluciones. Pero hay que decir aquí que fue la propia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la que desactivó esa actitud negativa hacia el quehacer de la justicia constitucional y su Presidente, el Magistrado Daniel González lo expresó luego por escrito, de la mejor manera que podía esperarse:

«Los jueces empezaron a manifestar su disconformidad con tanto recurso de hábeas corpus, molestos por la paralización de expedientes ante las acciones de inconstitucionalidad, porque ahora continuarían apareciendo en el circulante de expedientes de las oficinas más asuntos ante la imposibilidad de resolverlos de inmediato. También comienza a preocupar, al menos

²⁷⁰ Según oficio numerado 14-S-90 (en referencia a un caso de hábeas corpus) fechado el 16 de enero de 1990, es decir, dos meses y medio después de iniciar funciones la nueva Sala Constitucional.



en algunos sectores, tantos derechos para los acusados, tanta gente puesta en libertad, y finalmente sintieron que la Sala Constitucional constituyó un mecanismo de intromisión indebida e ilegítima en el sistema de administración de justicia penal, al extremo de que algunos afirmaron que hasta ahí había llegado la independencia del juez penal (...)

La discrepancia pudo haberse agudizado, en mi opinión, porque en muchas ocasiones los jueces –creo de manera inconsciente– tendemos a anteponer nuestros intereses gremiales a los problemas del proceso, y tendemos a ver las transformaciones jurídicas como un problema gremial, que afecta nuestra tarea laboral cotidiana, al extremo de que algunos estimaron que la Jurisdicción Constitucional implicó la pérdida de independencia para el juez penal (...)

Pero debemos advertir, de inmediato, que se trata de un conflicto sólo aparente, no es que los tribunales de lo penal estamos en pugna con la Sala Constitucional, la verdadera disconformidad se da entre el sistema penal y la Constitución, no con la Sala...»²⁷¹.

Esta claridad conceptual fue traducida luego en la propia jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, produciéndose una especie de «empate» entre ambas justicias, con lo que ya no cupo la menor duda de la legitimidad de la justicia constitucional en relación al quehacer de la justicia penal.

ii) *Sentencia condenatoria contra la Corte Suprema de Justicia por aplicación indebida de la Ley de la Carrera Judicial.*

En un caso que fue muy comentado, una sentencia de la Sala Constitucional declaró con lugar un amparo contra la Corte afirmando:

²⁷¹ Daniel González Álvarez, «Justicia Constitucional y Debido Proceso», en *La Jurisdicción Constitucional*, Editorial Juricentro, San José, 1993, pp. 351 y s.

«Ahora bien, al analizar la actuación impugnada, la Sala estima que la manera en que se realizó el nombramiento del Lic... viola el Derecho de la Constitución. En efecto, si bien el recurrido fundamenta la validez de su actuación en los acuerdos números... por medio de los cuales la Corte Suprema de Justicia aprobó seis propuestas de la Asociación Costarricense de la Judicatura –entre ellas, la de utilizar ternas ampliadas a seis candidatos y de incluir en la terna al juez interino elegible con un mínimo de dos años de antigüedad en la categoría correspondiente a juez, cuando la plaza que esté ocupando materialmente salga a concurso–, la Sala observa que tales acuerdos son contrarios a lo dispuesto en el artículo 77 del Estatuto del Servicio Judicial, por lo que la ampliación de la terna realizada por el órgano recurrido es arbitraria...»²⁷².

En la parte dispositiva se anularon los acuerdos correspondientes tomados por la Corte y la sentencia fue ejecutada sin problema alguno.

- iii) *Sentencia condenatoria por omisión de la Corte Suprema de Justicia en adoptar las medidas necesarias para que los discapacitados puedan tener pleno acceso a todas las instalaciones del Poder Judicial.*

365

En aplicación de la «Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad» y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con discapacidad, se formuló amparo contra la Corte por no contar especialmente el edificio que alberga sus oficinas centrales, de las facilidades de acceso para las personas discapacitadas, eliminando las llamadas «barreras arquitectónicas», habilitando rampas para el tránsito de las personas que utilizan sillas de rueda o con dificultades para subir gradas, y por no contar con servicios sanitarios apropiados para ese tipo de personas. La sentencia fue estimatoria, no obstante el Presidente de la Corte al rendir informe expresó que había una puerta trasera

²⁷² Sentencia núm. 2001-5927, de las once horas del día cuatro de julio de dos mil uno.



habilitada con un timbre, que permitiría el ingreso a este tipo de personas, mas la inspección judicial realizada por la Magistrada instructora del recurso de amparo comprobó que tal mecanismo no era respondido por el personal de guardia del edificio, obligando a las personas con discapacidad a un exceso de desplazamiento, y lo que es peor, sin resultado positivo alguno. Esta sentencia también fue de absoluto cumplimiento²⁷³.

iv) *Ejercicio de las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la Consulta Facultativa ante la Sala Constitucional.*

Yo había destacado, dentro de las competencias importantes de la Sala Constitucional, la necesidad de ser consultada por la Sala Tercera de la Corte Suprema y el Tribunal de Casación Penal, en los recursos de revisión que ante ellos se radique, cuando se invoque la violación al debido proceso en el dictado de una sentencia condenatoria. Este rubro ha enriquecido la jurisprudencia constitucional y, sin ninguna duda que también ha servido para que se incorpore en la propia jurisprudencia de los altos tribunales del orden penal.

Lo interesante es que, como está prevista en la ley la posibilidad de que todo Juez consulte a la Sala Constitucional –de modo facultativo–, cuando estime que una norma o ley a aplicar en el proceso bajo su conocimiento, o un acto que deba juzgar allí, resultaría inconstitucional. Esta consulta, entonces, no solamente la hacen jueces de nivel inferior, que con mucha frecuencia acuden a la Sala Constitucional a través de ese mecanismo, sino que también lo han hecho las Salas de la Corte Suprema de Justicia, lo que denota el ambiente de confianza con que se trabaja. Incluso ha servido este tipo de consultas para definiciones de gran importancia y cito por lo novedoso del caso, que en una consulta facultativa de la Sala Segunda de la Corte (Sala de lo

²⁷³ Sentencia núm. 2000-2305 de las 15 horas con 18 minutos del día quince de marzo de dos mil.



Social, porque es de Familia, Laboral, de Procesos Universales), se produjo una decisión de la Sala Constitucional muy importante y que fue la declaratoria de inconstitucionalidad de las Convenciones Colectivas que se venían celebrando por los servidores públicos con entidades del Estado, siempre que se trate de personal regido por una relación de empleo de naturaleza pública (relación estatutaria)²⁷⁴.

- v) *Acerca de la consulta que debe formular la Asamblea Legislativa a la Corte Suprema de Justicia cuando vaya a aprobar leyes que se refieran al funcionamiento y organización del Poder Judicial.*

Éste es un caso que refleja con nitidez cómo se ha aceptado y receptado el funcionamiento de la Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema.

El artículo 167 de la Constitución Política establece:

«Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea.»

Ésta es una norma fundamental dentro de todo un esquema constitucional claramente garantista de la independencia del Poder Judicial. Ninguna ley que pueda afectar su organización y funcionamiento puede aprobarse por parte del Congreso, si previamente no se oye la opinión de la Corte Suprema de Justicia. Y si siendo negativa esa opinión, se decidiera seguir con él, para aprobar la respectiva ley, debe producirse una votación calificada.

²⁷⁴ Sentencia núm. 2000-4453, de las 14 horas con 56 minutos del día veinticuatro de mayo de dos mil.



Aquí es interesante citar que a partir del nacimiento de la Sala Constitucional, se estableció una práctica en el seno de la Corte Suprema en el sentido de que cuando deba vertirse opinión acerca de uno de los proyectos a que se refiere el numeral 167 citado, la Corte limita su opinión a las cuestiones de oportunidad o conveniencia (legalidad) que estén de por medio en el proyecto y se ha dicho expresamente que en cuanto a los aspectos de constitucionalidad no se hace pronunciamiento, pues ésta es una competencia que en exclusiva le corresponde a la Sala Constitucional.

Esto ha llegado a ser pacífico en el seno de la Corte.

vi) *Un último ejemplo que demuestra la coexistencia pacífica entre Sala Constitucional y Corte Suprema.*

También hay prácticas administrativas en el seno de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que cuando la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre un determinado tema, a la luz de lo que dispone el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional sobre la vinculación *erga omnes* de los precedentes y jurisprudencia constitucionales, la Corte Plena debe someterse a lo que allí se haya declarado.

Así, por ejemplo, en años anteriores, la Corte desaplicó directamente una disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial que obligaba a la jubilación de sus servidores a los setenta años, porque la Sala Constitucional había declarado la inconstitucionalidad de una norma similar en la Caja Costarricense de Seguro Social.

En estos mismos días, precisamente en la sesión núm. 33-2002, del día 22 de este mes de julio, se analizaba una propuesta concreta de un Magistrado integrante de la Corte, cuando se advirtió que había un pronunciamiento de la Sala Constitucional en sentido contrario y entre las diversas intervencio-



nes que se dieron para retirar la propuesta bajo análisis, ante el conocimiento de que contravenía la jurisprudencia de la Sala, uno de los Magistrados expresó:

«A mí lo que me preocupa (...) es que existe un voto de la Sala, que con todo respeto lo digo, puede estar equivocado en cuanto a la apreciación o extensión que hizo del término agremiados a estas organizaciones financieras como son las Cooperativas o son las Cajas de Ahorro y Préstamo que tiene el Poder Judicial. Pero de conformidad con la legislación vigente, los pronunciamientos de la Sala vinculan a todas las autoridades públicas y por lo tanto me preocupa poner a votación un tema que vuelvo a decir ya está dilucidado por la Sala Constitucional...»

El Magistrado cuya proposición originó estas intervenciones agregó que «En el momento que se planteó la discusión no tenía conocimiento o un conocimiento puntal de las consideraciones de la Sala...» y por eso finalizó retirando la moción «porque me parece absolutamente inconveniente discutirla o votarla».

Así lo dispuso la Corte.

Ésta es una parte de la visión en retrospectiva de lo que ha sucedido a lo largo de dieciocho años de convivencia.

Puedo afirmar sin temor y como incuestionable, que en los hechos, la Sala Constitucional ha sido bien recibida dentro del Poder Judicial, porque en buena medida también vino a reforzar la posición del Poder Judicial, que a finales de los años ochenta estaba negativamente afectada. Pero creo también que esa situación significa ventaja para la propia Sala, pues queda también protegida por el diseño constitucional del Poder Judicial (independencia, garantía presupuestaria, etc.).



No obstante que de derecho y de hecho, en el nuevo diseño constitucional ha habido una especie de traslado de poder de la Corte a la Sala; ambas partes, si así pudiera decirse, han hecho lo propio para minimizar los efectos de la distinta posición que ostentan, desde un lado y desde el otro.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

Aunque parcial, he podido dar una visión en retrospectiva de lo que ha sucedido a lo largo de dieciocho años de convivencia entre una Sala especializada en materia constitucional y las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

370

A raíz de ello, puedo afirmar sin temor y como incuestionable, que en los hechos, la Sala Constitucional ha sido bien recibida dentro del Poder Judicial, porque en buena medida también vino a reforzar la posición del Poder Judicial, que a finales de los años ochenta estaba negativamente afectada. Pero creo también que esa situación significa ventaja para la propia Sala, pues queda también protegida por el diseño constitucional del Poder Judicial (independencia, garantía presupuestaria, etc.).

Si se me permite aventurar una respuesta a la hipotética pregunta sobre este importante tema, diría que Costa Rica aún no está preparada para ir a un Tribunal Constitucional extrapoder, al estilo europeo, no obstante que de derecho y de hecho, en el nuevo diseño constitucional ha habido un traslado de poder de la Corte Suprema a la Sala Constitucional, ya que ambas partes, si así pudiera decirse, han hecho lo propio para minimizar los efectos de la distinta posición que ostentan, desde un lado y desde el otro.



ECUADOR

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

371

Respuesta. La justicia ordinaria en el Ecuador está atribuida a la Corte Suprema de Justicia, Cortes Distritales, Tribunales y Juzgados, además de un Consejo de la Judicatura que cumple funciones administrativas (art. 109 CPE).

En materia constitucional tiene jurisdicción propia el Tribunal Constitucional, como órgano especializado del control constitucional y de protección de derechos fundamentales, integrado por nueve vocales, distribuidos en tres salas y cuyas competencias están establecidas en el artículo 276 de la Constitución Política.



Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Respuesta. Sí pueden según lo determinado en el artículo 274 CPE, pues, constitucionalmente los Jueces o Tribunales están obligados a aplicar las normas constitucionales de oficio, o a petición de parte, cuando conocen o juzgan un caso en concreto.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Respuesta. Sí, siempre que exista presunción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de alguna norma del ordenamiento jurídico, pueden suscitar dudas que son puestas a consideración del Tribunal Constitucional, para su aceptación o negativa. La Resolución emitida por el Tribunal Constitucional tiene efectos *erga omnes* y este efecto primordial consiste en expulsar del ordenamiento jurídico positivo la norma considerada inconstitucional.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Respuesta. No cabe. Las resoluciones que se refieren a la justicia ordinaria no son susceptibles de impugnación ante el Tribunal Constitucional, según lo dispuesto en los artículos 276 y 095 CPE. Sin embargo de lo dicho,



cabe aclarar que las decisiones judiciales emitidas en las acciones de amparo constitucional, *habeas data* y los recursos de acceso a la información, suben necesariamente al Tribunal Constitucional por el recurso de apelación.

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

- a) ¿Quién puede ejercerlo/a?
- b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?
- c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

- a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?
- b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?
- c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?



d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Respuesta. En razón de que no son susceptibles de revisión las decisiones judiciales no cabe el análisis de los literales de esta pregunta.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. *¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?*

Respuesta. Sí participa, pues dos magistrados del Tribunal Constitucional son designados por la Corte Suprema de Justicia, aunque en el ejercicio de sus cargos, los magistrados no están supeditados a la justicia ordinaria ni a la Corte Suprema de Justicia. Pueden ser destituidos por el Congreso Nacional mediante juicio político.



6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

Respuesta. No, toda vez que las facultades de cada uno de estos órganos jurisdiccionales tienen su ámbito de acción y marco jurídico propios.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.

375

El Tribunal Constitucional no está revestido o atribuido del poder coercitivo para hacer efectivo el cumplimiento de sus resoluciones, lo que en muchas ocasiones ha llevado a que la autoridad pública incumpla las decisiones del máximo organismo del control constitucional.



EL SALVADOR

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

376

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

En la República de El Salvador la Jurisdicción constitucional es de conocimiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tribunal que según el artículo 174 Cn. es el competente para conocer de los procesos de:

- Inconstitucionalidad.
- Controversias entre Legislativo y Ejecutivo en el procedimiento de formación de la ley (control previo de constitucionalidad, sobre proyectos de ley).
- Amparo.
- Hábeas corpus.
- Procedimientos de suspensión y pérdida de los derechos de ciudadano.



Dicha Sala tiene autonomía jurisdiccional, por lo cual puede conocer de amparo o hábeas corpus contra actuaciones de cualquier otro tribunal de la República, incluso las otras tres Salas de la Corte (de lo Civil, de lo Penal y de lo Contencioso-administrativo) o la Corte plena, en cuyo caso se excusan de conocer los cinco Magistrados propietarios de la Sala de lo Constitucional, y pasan al conocimiento del asunto los cinco suplentes.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia es miembro y Presidente de la Sala de lo Constitucional. Contra las resoluciones del tribunal, pronunciadas en cualquier tipo de procesos, no cabe recurso alguno.

Sin embargo, la Sala no tiene autonomía reglamentaria, administrativa ni presupuestaria, pues estos tres aspectos son administrados por la Corte Plena. Así, los reglamentos que regulan al personal, el nombramiento del Secretario y los Letrados de la Sala, así como la dotación de recursos materiales para su funcionamiento, son proporcionados por acuerdos de la CSJ (15 Magistrados).

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Si, según los artículos 185 y 149 Cn., dentro de su potestad de administrar justicia, todos los tribunales de la República pueden declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o tratado que consideren contrario a los preceptos constitucionales.



3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

No elevan consultas o cuestiones de constitucionalidad a la Sala, sino que, en virtud de reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales que entró en vigencia en agosto de 2006, una vez han declarado la inaplicabilidad, certifican la sentencia a la Sala de lo Constitucional para que ella tramite un procedimiento de inconstitucionalidad que concluye en una sentencia con efectos generales y obligatorios (art. 183 Cn.), de manera que, si es estimatoria, expulsa del ordenamiento jurídico la disposición inaplicada, y si es desestimatoria, inhibe a todos los jueces y tribunales de su potestad para declarar la inaplicabilidad.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Sí cabe impugnar sentencias de los Jueces de paz, Jueces de primera instancia en cualquier materia (civil, penal, menores, militar, familia, mercantil, laboral), de las Cámaras de segunda instancia y de cualquiera de las otras tres Salas de la Corte Suprema de Justicia.

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

A través de la acción de amparo y la de hábeas corpus.



4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

Por violación a cualquier derecho sustantivo o garantía procesal integrante del debido proceso, que se le atribuya a esos tribunales.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

La parte que considera inconstitucional la actuación del tribunal demandado. Usualmente su contraparte en el proceso ordinario, interviene en el amparo como tercero beneficiado con el acto impugnado.

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

Contra sentencias de fondo (definitivas), contra resoluciones interlocutorias que pongan fin al proceso, y contra cualquier tipo de decisión judicial que se considere lesiva a derechos fundamentales o garantías judiciales del debido proceso.

c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?*

No hay plazo de caducidad para ejercer las acciones de amparo y hábeas corpus.

d) *¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?*



Son requisitos de procedibilidad:

(i) Agotamiento de los recursos previstos por la ley para el respectivo procedimiento judicial (art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales).

(ii) Que el asunto no sea «puramente judicial» o asunto «de mera legalidad». Sobre este punto hay reiterada jurisprudencia de la Sala en el sentido que el Amparo y el hábeas corpus no son recursos por los cuales pueda conocerse de una simple inconformidad del actor con el contenido de la resolución judicial atacada.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

La Sala de lo Constitucional anula la decisión judicial sometida a su conocimiento y ordena, como lo ordena la Ley de Procedimientos Constitucionales, «que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto», lo cual se traduce prácticamente en la reposición del acto controlado y las actuaciones judiciales posteriores.



d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

En los amparos, el porcentaje de asuntos contra decisiones judiciales en los últimos años es entre un 30 por 100 y un 40 por 100; y en los hábeas corpus, entre el 80 por 100 y el 90 por 100.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

381

5. **¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?**

No como jueces, aunque sí como abogados.

La reforma producida a la Constitución Salvadoreña de 1983 el año 1991 prescribe que la CSJ debe renovarse por un tercio cada tres años, que es la periodicidad de las elecciones legislativas. El Consejo Nacional de la Judicatura debe enviar a la Asamblea Legislativa una lista de 30 candidatos, conformando 10 ternas para renovar cinco Magistrados propietarios y cinco suplentes, renovación que incluye a la Sala de lo Constitucional.

De la lista de 30 candidatos, 15 los propone libremente el Consejo y los otros 15 provienen de una elección entre todos los abogados de la República; pero por tales no se entiende litigantes sino todos los que han sido autorizados



por la CSJ como abogados. Para ser juez es requisito ser abogado, por lo cual en esa elección de los abogados participan los Jueces y Magistrados de Cámara.

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

Básicamente los conflictos entre Jurisdicción constitucional y Jurisdicción ordinaria se han suscitado entre la Sala de lo Constitucional y las otras Salas de la CSJ. Y se han originado de aquellos casos en que la Jurisdicción constitucional ha interpretado constitucionalmente algunas leyes. Por ejemplo, respecto de la manera de interpretar conforme a la Constitución el Código de Procedimientos Civiles en los artículos que se refieren a la recepción de la prueba de testigos, la Sala de lo Constitucional hizo una interpretación diferente a la que venía haciendo la Sala de lo Civil y la de lo Contencioso-Administrativo, lo cual generó un cierto conflicto.

Sin embargo, aun en estos casos no hemos tenido casos de negativa de la Jurisdicción ordinaria a acatar los criterios de la Sala de lo Constitucional.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.

Es importante comentar que, antes de la reforma producida el año pasado a la Ley de Procedimientos Constitucionales, no había modo de conec-



tar el control difuso con el concentrado sobre la constitucionalidad de las leyes, y ello generaba un serio problema de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

Luego de la reforma, a partir de una inaplicación producida por cualquier juez o tribunal de la República, la Sala de lo Constitucional tramita y decide un proceso de inconstitucionalidad, que concluye con una sentencia con efectos *erga omnes*, que desempeña una cierta función «pacificadora» en la Jurisdicción ordinaria.

A poco más de un año de la vigencia, los jueces han certificado y enviado a la Sala más de cien sentencias en materia penal, familia, mercantil, familia y contencioso-administrativo, en que se han hecho inaplicaciones. La Sala de lo Constitucional ha sentenciado casi sobre todos ellos, generando así seguridad jurídica y corrigiendo el problema de desigualdad en la aplicación de la ley.



I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

384

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

El sistema español de garantía jurisdiccional de la constitucionalidad responde al modelo europeo o concentrado, de manera que, estando todos los Tribunales obligados a enjuiciar la constitucionalidad de las normas aplicables en los asuntos de que conocen, sólo el Tribunal Constitucional es competente para expulsar del ordenamiento las normas con valor de ley contrarias a la Constitución. El Tribunal Constitucional ostenta, en definitiva, un «monopolio de rechazo» respecto de las leyes y normas con rango, valor, o fuerza de ley, cuya constitucionalidad los Tribunales ordinarios sólo pueden poner en duda ante aquél, pero nunca inaplicar o anular *per se*; por el contrario, sí están obligados a anular o inaplicar toda norma infralegal que juzguen contraria a la Constitución.



Desde el punto de vista orgánico, el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial, en el que se integran el conjunto de los Juzgados y Tribunales ordinarios. Cada uno de ambos «poderes» cuenta con un Título propio en la Constitución: los Títulos VI (*Del Poder Judicial* –arts. 117-127 CE–) y IX (*Del Tribunal Constitucional* –arts. 159-165 CE–), respectivamente.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de todas las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. También controla la conformidad con la Constitución de los Reglamentos parlamentarios de las Cortes Generales (Parlamento nacional) y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Es, además, competente para enjuiciar la constitucionalidad de los tratados y normas internacionales, tanto antes de su incorporación en el ordenamiento como una vez integradas. A través del recurso de amparo puede enjuiciar resoluciones administrativas, parlamentarias (sin fuerza de ley) y judiciales en el caso de infracción de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución o del derecho a la objeción de conciencia garantizado en el artículo 30.2 CE. Por último, al Tribunal le cumple la resolución de los conflictos que puedan surgir entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre Comunidades Autónomas, en relación con sus respectivas competencias constitucionales.

385

Por su parte, los Juzgados y Tribunales integrados en el Poder Judicial ejercen la potestad jurisdiccional del Estado y se reducen funcionalmente a unidad en el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, donde la superioridad corresponde al Tribunal Constitucional.

Las jurisdicciones constitucional y ordinaria se articulan en su ejercicio por medio de dos puntos de conexión: A) La *cuestión de inconstitucionalidad*, a cuyo través el Tribunal Constitucional resuelve las dudas de constitucionalidad de los Tribunales ordinarios en relación con las leyes; B) El *recurso de*



amparo, mecanismo extraordinario de protección de los derechos fundamentales administrado por el Tribunal Constitucional una vez agotados los remedios de la Jurisdicción ordinaria y vinculante en sus resultados frente al Poder Judicial.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los Jueces y Tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

La competencia para examinar la constitucionalidad de la ley es compartida por el Tribunal Constitucional y los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial. Sin embargo, el control de estos últimos sólo comprende el enjuiciamiento positivo, ya que, de apreciar la concurrencia de un vicio de inconstitucionalidad, los Juzgados y Tribunales no puede invalidar o inaplicar la norma legal enjuiciada, sino que deben elevar una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE), en quien se encuentra monopolizada la facultad de rechazo de las leyes inconstitucionales (si bien sólo de las posconstitucionales; las anteriores a la Constitución —en tanto que derogadas por ésta— pueden ser inaplicadas por los Tribunales ordinarios, aunque a éstos les está permitido, alternativamente, plantear una cuestión de inconstitucionalidad; STC 4/1981, de 2 de febrero).

Lo anterior vale también para los tratados y normas internacionales una vez incorporados al Derecho español. También para los Reglamentos de las Cámaras legislativas.

Fuera de estas normas, las restantes están sujetas al control de constitucionalidad de los Tribunales ordinarios con toda consecuencia, esto es, incluida la eventualidad de su anulación o inaplicación si son juzgadas contrarias a



la Constitución. El monopolio de rechazo del Tribunal Constitucional sólo opera, por tanto, en el nivel de la legalidad.

3. ¿Pueden todos los Jueces y Tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Los Jueces y Tribunales del Poder Judicial tienen obligación de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando consideren que una norma con rango de ley, aplicable al caso de que están conociendo y de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución (art. 163 CE). Excepcionalmente, y según se ha dicho *supra* (2.^a), las normas legales anteriores a la Constitución pueden ser inaplicadas por el Poder Judicial si los Tribunales entienden que son contrarias a la Constitución.

387

La decisión de plantear una cuestión de inconstitucionalidad compete, con carácter exclusivo, a los Jueces y Tribunales ordinarios. Lo determinante para su planteamiento es, en último término, la duda del órgano judicial, sometido a dos lógicas en principio inconciliables y que encuentran en la cuestión una solución armonizadora: la lógica de la supremacía de la Constitución, por un lado, y la de la sujeción del Juez a la ley, inaccesible al juicio negativo de la Jurisdicción ordinaria, por otro.

Las partes del proceso *a quo* pueden interesar el planteamiento de la cuestión, pero su solicitud no vincula en modo alguno al órgano judicial, que puede, incluso, rechazarla implícitamente con su silencio, sin que se lesione con ello el derecho del solicitante a la tutela judicial (AATC 275/1983, de 8 de junio, y 767/1987, de 8 de octubre).



Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los Jueces y Tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Todas las resoluciones judiciales son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional.

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

El recurso de amparo, que tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en los artículos 14 a 30 de la Constitución (igualdad, integridad física y moral, libertad de conciencia, libertad personal, derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, libertades de información y expresión, derechos de reunión y manifestación, derecho de asociación, derechos de participación política, a la tutela judicial, a la legalidad penal, a la educación, derechos a la sindicación y a la huelga y derecho a la objeción de conciencia al servicio militar).

4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?

La defensa en amparo de esos derechos y libertades se garantiza frente a infracciones «originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes» (art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC). Se trata de un recurso excepcional y cuyo solo objeto es la defensa de los derechos fundamentales. La protección primera y general de tales derechos corresponde a los Jueces y Tribunales



ordinarios, en cuya mano está la definición de los mismos en el terreno de la legalidad. La Jurisdicción constitucional representa una garantía de mínimos (constitucionales).

Tras la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), las demandas de amparo sólo serán admisibles si su contenido justifica una decisión sobre el fondo «en razón de su especial trascendencia constitucional» [art. 50.1 b) LOTC]. Esta nueva categoría, sobre la que aún no se ha conformado ninguna definición jurisprudencial, permite suponer que la realidad de la lesión del derecho no es ya una condición suficiente, siendo necesaria, además, la trascendencia constitucional de la cuestión planteada. Trascendencia que, de acuerdo con el nuevo artículo 50.1 b) LOTC, «se apreciará atendiendo a su importancia para interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

4.3 ¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?

a) ¿Quién puede ejercerlo/a?

Están legitimados para interponer un recurso de amparo las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Estas dos últimas instituciones, en todo caso. Las personas físicas o jurídicas, cuando se vean directamente afectadas en sus derechos fundamentales (si su infracción trae causa de un acto o disposición sin fuerza de ley de una Asamblea legislativa) o si han sido parte en el proceso judicial correspondiente (si se impugnan resoluciones administrativas o judiciales). Para interponer una demanda de amparo, las personas físicas o jurídicas deben estar asistidas de Abogado y representadas por un Procurador colegiado en Madrid. Si se trata de licenciados en Derecho pueden comparecer por sí mismas (art. 81.1 LOTC).



La legitimación de las personas jurídicas públicas está condicionada por la entidad del derecho que pretendan invocar y por el título con el que hayan pretendido ejercerlo. Así, no se admite que puedan utilizar el recurso de amparo para, con invocación de sus derechos procesales, hacer valer sus prerrogativas como titulares del *ius puniendi* del Estado.

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

Pueden impugnarse en amparo actos administrativos (art. 43 LOTC), resoluciones judiciales (art. 44 LOTC) y decisiones o actos sin valor de ley de las Asambleas legislativas (art. 42 LOTC). Aun cuando no es posible la impugnación directa de leyes por medio de un recurso de amparo, puede producirse ese efecto mediante la impugnación de un acto de aplicación de la ley supuestamente lesiva de derechos fundamentales, pues si procediera la estimación del recurso dirigido contra ese acto, la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que haya de resolverlo deberá elevar al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la ley aplicada, que se convierte así en objeto directo de un nuevo proceso constitucional (art. 55.2 LOTC).

c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?*

Los recursos de amparo dirigidos contra resoluciones judiciales deben interponerse en el plazo de treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (art. 44.2 LOTC).

Si se trata de recurso de amparo contra resoluciones administrativas el plazo es de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial (art. 43.2 LOTC).

Por su parte, las demandas de amparo dirigidas contra decisiones o actos sin valor de ley de las Cortes Generales o de los Parlamentos autonómicos

han de presentarse en el Tribunal Constitucional dentro del plazo de tres meses desde que aquellas decisiones o actos sean firmes con arreglo a las normas internas de la Cámara (art. 42 LOTC).

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo exige siempre el agotamiento de determinadas vías previas:

a) Si se impugnan resoluciones administrativas (art. 43 LOTC) es preciso agotar antes todos los recursos disponibles en la vía administrativa y, a continuación, impugnar la resolución administrativa definitiva en la vía judicial, cuyas instancias deben también agotarse.

b) El recurso de amparo dirigido contra una resolución judicial (art. 44 LOTC) exige el previo agotamiento de la vía judicial procedente, haciendo uso de todos los recursos disponibles.

c) La impugnación en amparo de actos y decisiones sin valor de ley emanados de las Asambleas legislativas (art. 42 LOTC) no precisa del agotamiento de la vía judicial, pero sí de los recursos administrativos disponibles en el interior de la Cámara.

En todo caso, es preciso haber denunciado formalmente en el proceso judicial previo, si hubo oportunidad para ello, la vulneración del derecho fundamental que después haya de hacerse valer en amparo. La denuncia debe hacerse tan pronto como, una vez conocida la vulneración, hubiera lugar para ello [art. 44.1 c) LOTC].



4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

El artículo 161.1 a) de la Constitución dispone que la «declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con fuerza de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Por su parte, el artículo 40.2 LOTC prescribe que, «en todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las Sentencias y Autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

En relación con el amparo, la vinculación de los Tribunales ordinarios a la doctrina del Tribunal Constitucional viene dada por el hecho de que el desconocimiento del contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental equivaldrá a la lesión del derecho mismo.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en amparo pueden tener distintos contenido y alcance. Con arreglo al artículo 53 LOTC, la Sala o Sección que resuelva el recurso de amparo «pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos: a) Otorgamiento de amparo; b) Denegación de amparo». La denegación supondrá la firmeza definitiva de la resolución o acto impugnados, sin perjuicio de que en determinados supuestos sea aún posible su impugnación ante una Jurisdicción internacional. La estimación de un recurso de amparo sólo puede basarse en la apreciación de que los órganos judiciales que han actuado en la vía previa han violado –o no han reparado– derechos fundamentales del recurrente, debiendo el Tribunal Constitucional abstenerse “de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales” (art. 54 LOTC).

La sentencia estimatoria, según el artículo 55.1 LOTC, debe contener alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nuli-



dad de la decisión, resolución o acto impugnados, siendo de la competencia del Tribunal Constitucional determinar la extensión de sus efectos; b) Reconocimiento del derecho o libertad vulnerados «de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado», y, c) Restablecimiento del actor en la integridad de su derecho o libertad «con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación».

a) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?*

Si el Tribunal Constitucional concluye que la resolución judicial impugnada ha lesionado derechos fundamentales, decretará en el fallo de la Sentencia de amparo su nulidad.

b) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?*

El Tribunal Constitucional no dicta una nueva decisión que sustituya a la anulada. La única decisión dictada por el Tribunal Constitucional es la que, resolviendo sobre el fondo de la cuestión debatida, termina anulando, si es el caso, la resolución judicial que se haya demostrado lesiva del derecho fundamental invocado.

c) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al Juez o Tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?*

El Tribunal Constitucional dispone de un margen de acción considerable para adecuar el sentido y alcance de sus pronunciamientos a la finalidad característica de la demanda de amparo, que no es otra que la reparación del derecho o libertad lesionados o, en su caso, la garantía de su preservación. Así, hay ocasiones en que esa finalidad se alcanza con el sólo reconocimiento



del derecho o libertad vulnerados; en otras, a ese reconocimiento deberá seguir la declaración de nulidad del acto o de la resolución recurridos; y, finalmente, se impondrá a veces la necesidad de decretar también la retracción de lo actuado en la vía judicial para que se reanude el proceso previo a partir de determinada fase. Salvo el primer pronunciamiento, los otros dos son sólo posibles, no necesarios, en atención a las circunstancias del caso.

d) *¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al Juez o Tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?*

La nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo es acordada directamente por el Tribunal Constitucional. En ocasiones, según se ha dicho, ello es suficiente para reparar la lesión advertida; otras veces, por el contrario, es preciso ordenar al Tribunal ordinario que retrotraiga lo actuado hasta el momento señalado por el Tribunal Constitucional y que retome desde ese punto el proceso judicial cuya primera decisión definitiva ha sido anulada por la Sentencia de amparo. Obviamente, con la obligación de resolver de conformidad con las consideraciones de orden constitucional referidas en la Sentencia anulatoria.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Porcentaje de recursos de amparo interpuestos sobre el total de demandas constitucionales:

2002: 97,70 por 100.

2003: 98,00 por 100.



2004: 98,27 por 100.

2005: 97,61 por 100.

2006: 97,70 por 100.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?

El Consejo General del Poder Judicial, órgano (no jurisdiccional) de gobierno y administración de los Jueces y Tribunales ordinarios, propone la designación de dos de los doce Magistrados que componen el Tribunal Constitucional. Los propuestos han sido siempre Magistrados del Tribunal Supremo.

En la actualidad, cinco de los Magistrados constitucionales proceden de la Carrera judicial.

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

Tanto la Constitución (art. 123.1) como las Leyes rectoras del Tribunal Constitucional (art. 1.1 LOTC) y del Poder Judicial (art. 5.1 LOPJ) delimi-



tan los ámbitos propios de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, confiando al primero la condición de intérprete supremo de la Constitución y reservando al Tribunal Supremo la cualidad de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. La divisoria entre ambas jurisdicciones dibuja dos ámbitos normativos —el de la constitucionalidad, por un lado, y el de la legalidad, por otro— cuya autonomía es muy discutible en un ordenamiento basado en una Constitución normativa y de aplicación directa, cuyo contenido necesariamente se expande por todos los sectores normativos.

La fricción entre ambas jurisdicciones es prácticamente inevitable en el terreno de los derechos fundamentales, pues el hecho de que el Tribunal Constitucional se pronuncie en amparo tras haberse agotado la vía judicial supone que sus Sentencias necesariamente confirman o revocan pronunciamientos de los Tribunales ordinarios. Con todo, nunca ha llegado a ponerse en cuestión el sometimiento del Poder Judicial a las resoluciones del Tribunal Constitucional y a su jurisprudencia, si bien no han faltado episodios de contestación institucional por algunas Salas del Tribunal Supremo. En esa línea, ha representado un salto cualitativo la condena civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de enero de 2004), al estimar un recurso de responsabilidad interpuesto por un particular con ocasión de la inadmisión de un recurso de amparo que, en su opinión, compartida por la Sala Primera, se había acordado con negligencia inexcusable por el Pleno del Tribunal Constitucional. Esta injerencia en la jurisdicción del Tribunal Constitucional (absolutamente incontestable, según disponía ya el entonces vigente art. 4.1 LOTC, reformado en 2007 para abundar en esa línea) no deja de ser, sin embargo, una excepción, gravísima, en la historia de unas relaciones institucionales que, por lo demás, siempre han sido correctas.



III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.



HONDURAS

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

398

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción Constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

En el caso de Honduras no existe una Jurisdicción constitucional especializada. En nuestro país, la Jurisdicción Constitucional en lo que concierne a la acción de inconstitucionalidad de las leyes, es ejercida de manera exclusiva por la Sala de lo Constitucional integrada en la Corte Suprema de Justicia, que es el más alto Tribunal, ubicado en la cúspide del sistema.

Es importante señalar, que la Sala de lo Constitucional está compuesta por cinco (5) Magistrados, cuyas decisiones cuando son adoptadas por unanimidad se atribuyen a la Corte Suprema de Justicia, en caso contrario, al haber uno o más votos disidentes, el asunto pasa al conocimiento del pleno de la Corte Suprema de Justicia conformado por sus quince Magistrados.



De igual modo y con exclusividad, la Sala de lo Constitucional es competente para conocer del recurso extraordinario de revisión, que a tenor de lo previsto en nuestra Carta Magna es una de las garantías constitucionales fundamentales.

También le corresponderá de manera exclusiva a la Sala de lo Constitucional, el conocimiento del recurso de *hábeas data*, una vez que sea ratificada la reforma constitucional que dio origen a dicha figura.

En las materias de *hábeas corpus* y amparo, la Jurisdicción constitucional responde a las características de un sistema difuso, puesto que las acciones en tales ámbitos son conocidas de acuerdo a la competencia territorial y de grado que se tenga, no solamente por la Sala de lo Constitucional, sino que también por los tribunales ordinarios, a saber, Cortes de Apelaciones y Juzgados de Letras.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

En nuestra legislación no se prevé que los Juzgados y Tribunales ordinarios, como tampoco la Sala Constitucional, puedan decretar de oficio la inaplicabilidad de las leyes por no ser conformes con la Constitución.

El control de constitucionalidad de las leyes a través de la acción de inconstitucionalidad es ejercido de manera exclusiva por la Sala de lo Constitucional, conociendo de la acción de inconstitucionalidad, o de amparo contra leyes, y por los tribunales ordinarios cuando actuando como Jueces Constitucionales conocen del recurso de amparo contra leyes en el ámbito de sus respectivas competencias. En el primer caso, es decir, en el procedimiento



de inconstitucionalidad la sentencia estimatoria tiene efectos *erga omnes*, en el segundo, esto es, en el amparo, solamente *inter partes*.

En la nueva Ley sobre Justicia Constitucional las leyes ha dejado de ser objeto del recurso de amparo, sin embargo, teniendo en cuenta que aún no ha sido ratificada la reforma constitucional mediante la cual dejan de ser objeto de tal recurso las normas con rango de ley, entendemos que ha de prevalecer el actual texto constitucional donde sí pueden ser impugnadas por esa vía.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Sí, todos los Juzgados y Tribunales pueden suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes para que sobre ello se pronuncie la Sala de lo Constitucional.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

En nuestro sistema constitucional sí es posible, siempre y cuando se hayan agotado previamente los recursos que establece la ley para impugnar las resoluciones judiciales dictadas por los Juzgados y Tribunales ordinarios. Podríamos decir que la gran mayoría de actos impugnados ante la Sala de lo Constitucional por la vía del amparo, son precisamente resoluciones judiciales.



4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

En la gran mayoría de los casos, a través del recurso de amparo, y en menor medida mediante el ejercicio de la acción de hábeas corpus.

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

Siempre que se vulnere una garantía constitucional o un derecho fundamental, tratándose del amparo, y en el caso de hábeas corpus cuando una persona se encuentre ilegalmente detenida o de cualquier modo cohibida o limitada en el legítimo disfrute de su libertad individual.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

Tanto en el caso de la acción de amparo como en la de hábeas corpus, pueden interponerlas los agraviados o cualquier persona en su nombre sin necesidad de poder o formalidad alguna.

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

Cualquier resolución judicial de los Juzgado y Tribunales puede ser impugnada por la vía del amparo siempre que no exista la posibilidad de impugnarla por la vía de los recursos ordinarios. Se excluye expresamente la posibilidad de que las sentencias firmes o ejecutoriadas en materia penal puedan ser atacadas a través del amparo.

En cuanto al hábeas corpus, cualquier acto de autoridad, judicial o administrativa, puede ser objeto de impugnación cuando se mantenga ilegalmente detenida a una persona o restringida de manera ilegítima en el pleno goce de su libertad individual, o cuando estando legalmente detenida sufre vejacio-



nes, torturas, tratos crueles etc., o recibe cualquier otro tipo de trato degradante o inhumano.

c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?

Para ejercer la acción de amparo la ley prevé un plazo de dos meses siguientes a la fecha de la última notificación del acto hecha al afectado. El de hábeas corpus no prevé plazo alguno, de tal manera que puede ejercitarse mientras persista la situación antijurídica en perjuicio de la persona limitada en su libertad individual.

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

El único requisito para la interposición del amparo es el agotamiento de los recursos ordinarios previstos por la ley. La alegación previa de la violación constitucional dentro del proceso ordinario, no constituye una presupuesto imprescindible para el ejercicio de la acción de amparo en Honduras.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?



d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que dictó la decisión anularla y dictar una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

En nuestra legislación, la ley no establece que la sentencia de amparo tiene por efecto la anulación del acto impugnado, sino su inaplicabilidad. No obstante y teniendo en cuenta los efectos prácticos, consideramos que nuestro sistema se corresponde con la opción c), en cuanto se deja sin valor ni efecto por ser inconstitucional la resolución impugnada y al mismo tiempo se ordena al Tribunal que dicte una nueva resolución con arreglo a los parámetros establecidos en la sentencia estimatoria de amparo.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Aproximadamente un 97 por 100.

403

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. **¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?**

El nombramiento de los Magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia es una atribución que en última instancia le corresponde el Congreso Nacional de la República, quien los elige en base a una terna presentada por



una Junta Nominadora integrada por representantes del Sector público, organizaciones gremiales, sociales y empresariales. La designación y composición de la Sala de lo Constitucional y la de las demás Salas, se realiza por el Pleno de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia una vez que han resultado electos por el Congreso Nacional de la República.

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

En realidad, dentro del Poder Judicial no se han producido conflictos de tal naturaleza, dado que, la Corte Suprema de Justicia y ahora la Sala Constitucional, siempre han conocido en consulta de las resoluciones dictadas por los Juzgados y Tribunales ordinarios, en materia de hábeas corpus y *amparo*, así también, porque a diferencia de lo que sucede en otros países, como España, la Sala forma parte de la Corte Suprema de Justicia y, por ende, está ubicada *dentro* de la estructura del Poder Judicial.

Lo que sí ha tenido lugar en Honduras es un conflicto entre la Sala Constitucional y el Poder Legislativo, cuando la Sala, habiendo conocido de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (*Ombudsman*), resolvió declarar la inconstitucionalidad de un Decreto que emitido por el Congreso Nacional, reformaba por adición el artículo 218 de la Constitución. En el decreto cuestionado y rompiendo con el principio de equilibrio entre los poderes del Estado, se atribuye indirectamente al Legislativo, la potestad de interpretar la Carta Magna de manera obligatoria, al establecer que no es necesaria la sanción del Poder Ejecutivo, ni éste por lo tanto podrá oponer el derecho de veto, en «[...] *las interpretaciones, que se decreten a la Constitución de la República por el Congreso Nacional*». En este caso, después de declararse la inconstitucionalidad de ese Decreto y su derogatoria por parte de la Sala, el Congreso Nacional tendrá la



obligación constitucional de mandar publicar la sentencia, sin embargo, dicho órgano-poder se negó a hacerlo, en abierta rebeldía y vulneración de lo dispuesto por el artículo 316 número 2 del texto fundamental, y más bien, en la línea de seguir oponiéndose a lo dispuesto en la sentencia derogatoria, procedió a reformar el artículo 205 número 10 de la Carta Magna, donde ahora se establece, que entre otras atribuciones, el Congreso Nacional tiene la de «[...] interpretar la Constitución de la República en sesiones ordinarias, en una sola legislatura, con dos tercios (2/3) de votos de la totalidad de sus miembros [...]».

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**

405



MÉXICO

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

406

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es la cabeza del Poder Judicial de la Federación; controla la constitucionalidad por vía judicial; asimismo, protege las garantías individuales de los gobernados contra los órganos de autoridad a través del juicio de amparo, donde es auxiliado por Tribunales de Circuito y Jueces de Distrito en toda la República.

En materia electoral existe el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el cual recae la responsabilidad, sin lugar a ulterior recurso, de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos electorales federales. Sus decisiones no son atacables ni siquiera ante la Suprema Corte de Justicia, aunque eventualmente ésta decide las posibles contradicciones de tesis que pudieren generarse entre el Tribunal Electoral y



la misma Suprema Corte. Esto se debe a que mientras la Suprema Corte es competente para juzgar la constitucionalidad de una ley electoral, el Tribunal Electoral lo es para juzgar la constitucionalidad de los actos electorales, por lo que siempre cabe la posibilidad de que sostengan criterios distintos.

Sobre el control de normas

- 2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?**
- 3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?**

Al igual que otros países Latinoamericanos, en México existe un control constitucional mixto, es decir, al tiempo que existe un órgano que desarrolla funciones de control de tipo abstracto y concentrado, el resto de los tribunales puede realizar un examen incidental y difuso, por el que pueden inaplicar una ley por inconstitucionalidad.

No obstante, no todos los juzgados mexicanos pueden estimar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley; en virtud del sistema competencial aplicable a la impartición de justicia, relativo a que el examen de cuestiones de constitucionalidad es privativo de los tribunales federales de amparo. Tanto los juzgadores locales como los adscritos a otro poder —en concreto, el Ejecutivo—, no deben pronunciarse sobre vicios de inconstitucionalidad en las leyes.

Así, independientemente de su ejercicio del control constitucional abstracto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede pronunciarse sobre la



inconstitucionalidad de una ley e inaplicarla a un caso concreto, facultad de la que también gozan los tribunales y juzgados de amparo, en la inteligencia de que ellos no deben analizar en abstracto la posible inconstitucionalidad de una ley.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Sí, cabe impugnar sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

Se trata del juicio de amparo directo.

4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?

El amparo directo lo resuelven los Tribunales Colegiados de Circuito y, en algunos casos, por la importancia del asunto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de ese juicio también, a través de su facultad de atracción. Procede en contra de sentencias definitivas, laudos –determinaciones en materia laboral– y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que afecten la defensa del agraviado, y en contra de los cuales no exista algún otro medio de defensa a través del cual puedan ser modificados o revocados.



4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

- a) *¿Quién puede ejercerlo/a? El agraviado o quejoso.*
- b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse? Véase respuesta de 4.2.*
- c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a? El plazo general para la interposición de la demanda de amparo es de quince días hábiles; dicho plazo se contará desde el día siguiente al en que se haya surtido efecto la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame.*
- d) *¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)? Véase respuesta de 4.2.*

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

- a) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada? Sí, la Suprema Corte de Justicia tiene la facultad de anular la decisión judicial revisada o, en su caso, la parte correspondiente que considere inconstitucional.*
- b) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva? No, la Suprema Corte de Justicia no define la nueva sentencia. Establece, más bien, los criterios para que la decisión se adecue al marco constitucional.*
- c) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad? De acuerdo a la Ley de Amparo, en su artículo 80, la sentencia que concede el amparo tiene como objetivo restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado*



sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad? Véanse incisos a) y b).

4.5 ¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?

De acuerdo al informe anual de labores del año 2006 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ingresaron a la Primera Sala 1.846 asuntos (incluyendo aquellos de carácter jurídico-administrativo), de los cuales 874 fueron de amparo en revisión, amparo directo en revisión o de facultad de atracción; es decir, un 47 por 100 del total de asuntos recibidos en dicho período. En cuanto a la Segunda Sala, tenemos que en el mismo período ingresaron 1.831 asuntos, de los cuales 1.047 fueron de amparo en revisión, amparo directo en revisión o de facultad de atracción; es decir, un 57 por 100 del total de asuntos recibidos en dicho período.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?

Participan de manera indirecta, toda vez que los jueces o magistrados que conforman la Jurisdicción ordinaria pueden ser candidatos, y su caso ocupar,



el cargo de Ministro de la Suprema Corte. Esto de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 96 la Constitución para designar a los miembros de la Suprema Corte: «Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba ocupar la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días».

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

No, la Suprema Corte de Justicia es el intérprete último de la Constitución y, por tanto, es el unificador de criterios dentro del Ordenamiento Jurídico Mexicano.

411

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.



PARAGUAY

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

412

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

1.1 *Jurisdicción constitucional*

La República del Paraguay adopta el sistema de control concentrado, centralizado de constitucionalidad en su acepción pura (a cargo exclusivamente de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional). Las garantías jurisdiccionales son: la acción de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el amparo y el *habeas data*.

Las vías que pueden ser utilizadas por los afectados son la acción y la excepción, sin perjuicio de que la Corte pueda declarar de oficio, a demás de la consulta constitucional.



Por vía directa de acción o de demanda y a instancia de parte, con legitimación activa.

Por *vía indirecta, incidental o de excepción*, en casos que la cuestión de constitucionalidad está referida a un acto normativo, la Corte Suprema de Justicia declara de oficio la inconstitucionalidad de resoluciones en los procesos que le fueren sometidos en virtud de la ley, cualquiera sea su naturaleza.

La *Corte Suprema de Justicia* es el único órgano con competencia para declarar la constitucionalidad de leyes o actos normativos en general, así como de las sentencias judiciales, a través de la *Sala Constitucional*, la que tiene atribución para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, actos normativos y resoluciones judiciales. El *Pleno* de la Corte (Salas: Penal, Civil y Constitucional con tres miembros cada una) actúa en determinados casos como: decisiones emanadas del Tribunal Superior de Justicia Electoral y decisiones del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Igualmente la Sala Constitucional puede pedir la ampliación de sala e integrar con la totalidad de miembros de la Corte para resolver cualquier cuestión de su competencia.

1.2 *Jurisdicción ordinaria*

Cuando la cuestión constitucional se suscite dentro de un proceso, ella versa sobre la determinación de si una ley o norma jurídica se ajusta o no a la Ley Suprema.

El juez no puede determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ley alguna, decreto o reglamento; en su caso debe remitir los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte a fin de que la misma declare la inconstitucionalidad. Esta diligencia no suspende el juicio, que prosigue hasta el trámite de sentencia.



Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

No, solo la Corte.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Todos los operadores del sistema se hallan habilitados para proponer el control y acudir a la Corte por el mecanismo de la consulta.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Sí se puede impugnar. El control de constitucionalidad puede promoverse vía de la *acción*.

Vía *acción* mediante la pretensión autónoma dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la resolución atacada, cuando se hubiesen agotados los recursos ordinarios.

Vía *excepción* no ataca la pretensión del accionante sino la ley o instrumento normativo en el que ésta se funda, que el excepcionante postula como inconstitucional.



4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

Vía acción de constitucionalidad.

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

La acción procede contra resoluciones cuando por sí mismas sean violatorias de la Constitución o se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad contrario a la Constitución y lesione legítimos derechos.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

Toda persona lesionada en sus legítimos derechos.

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

Resoluciones que por sí mismas sean violatorias de la Constitución o se funden en una ley, decreto, reglamento u otro acto normativo de autoridad contrario a la Constitución.

c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?*

El plazo para deducir la acción es de nueve (9) días.

d) *¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.).*

El actor debe constituir domicilio e individualizar claramente la resolución impugnada, así como el juicio en que hubiese recaído. Debe citar además



la norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional que sostenga haberse infringido, fundado en términos claros y concretos su petición. Además, en Jurisprudencia se agrega, que no procede en ausencia de legitimación procesal, no sólo en cuanto a la efectiva subsistencia de la misma sino incluso respecto de su falta de demostración.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

El órgano declara la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada concreto y en fallo que sólo tiene efecto en relación con ese caso (art. 260 inc. 1 CN).

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

Sí.

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

No, sólo anula y remite al tribunal respectivo que le sigue en orden de turno.

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Sí.

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

No.



4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

En el presente año, se han deducido 1.100 acciones de inconstitucionalidad, dato estadístico computado hasta el mes de septiembre. En el año 2006, se han deducido 1.300 acciones de inconstitucionalidad.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

417

5. *¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?*

No en la designación. En la composición, en principio no, se podría dar en caso de inhibiciones masivas y en cadena.

6. *¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.*

No.



III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.

Ninguna.



I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente ¿cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional? En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente ¿qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial?

419

En el modelo de Jurisdicción constitucional diseñado por el Perú coexisten el mecanismo difuso y concentrado de control de constitucionalidad. Tanto el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional ejercen Jurisdicción constitucional y, en ese sentido, el propio Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo IV del Título Preliminar que «los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código». Asimismo, cabe enfatizar que los procesos constitucionales de la libertad o subjetivos (*hábeas corpus*, *amparo*, *hábeas data* y cumplimiento) se inician en el Poder Judicial y llegan al Tribunal Constitucional para ser resueltos en última y definitiva instancia, a diferencia de los procesos orgánicos o abstractos (inconstitucionalidad y conflicto



competencial), que se promueven y resuelven exclusivamente en sede del Tribunal Constitucional.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Sí, porque todos y no sólo los jueces están en la obligación de hacer prevalecer y respetar la Constitución y para ello pueden valerse de los mecanismos establecidos formalmente o por la vía de la interpretación. Sin embargo, en el caso del Perú, el artículo 51.º de la Constitución regula el principio de *supremacía constitucional* y el segundo párrafo del artículo 138.º, por su parte, recoge la institución del *control difuso* como mecanismo a ser utilizado por los jueces para controlar la constitucionalidad de las normas. En ese sentido, todos los órganos jurisdiccionales están en la obligación de hacer prevalecer la ley fundamental, porque así lo ha establecido la propia Constitución.

También, cabe precisar que el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente núm. 3741-2004-AA, caso *Ramón Hernando Salazar Yarlenque*, ha previsto el control difuso en sede de tribunales administrativos.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

El modelo de justicia constitucional recogido en el Perú no lo permite.



4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Sí. El Código Procesal Constitucional contempla en su artículo 4 la procedencia de los procesos constitucionales contra las resoluciones judiciales firmes que, específicamente, violen el derecho a la tutela procesal efectiva, pero también otros derechos fundamentales (STC núm. 3179-2004-AA/TC, caso *Apolonia Ccollcca Ponce*). De acuerdo al modelo de justicia constitucional peruano, estos procesos se inician en el Poder Judicial y llegan al Tribunal Constitucional para ser vistos en última y definitiva instancia.

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

A través de los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus.

4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?

En el caso del *Amparo* cuando la resolución judicial firme ha sido expedida al interior de un proceso ordinario con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, la misma que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Tratándose del hábeas corpus además es necesario que esa violación aludida haya incurrido negativamente en la libertad individual de la persona que promueve el proceso.



4.3 ¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?

a) ¿Quién puede ejercerlo/a?

Tratándose del proceso de hábeas corpus la demanda puede ser interpuesta por el propio afectado o cualquier otra persona en su favor, sin necesidad de representación (art. 26 del Código Procesal Constitucional). En el caso de *amparo* no sucede lo mismo puesto que la legitimación activa sólo le corresponde al afectado y, en ese sentido, cualquier persona que no sea la agraviada está impedida de promover el proceso, salvo en el caso de la procuración oficiosa regulada en el artículo 41 del Código.

b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?

Contra resoluciones judiciales firmes que hayan sido expedidas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva –que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso– y otros derechos fundamentales (STC núm. 3179-2004-AA/TC, caso *Apolonia Ccollcca Ponce*).

c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?

El proceso de hábeas corpus no está sujeto a plazos para ser promovido, a diferencia del *amparo* donde el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución judicial queda firme y concluye treinta días hábiles después de la notificación de la decisión jurisdiccional que ordena se cumpla lo decidido (segundo párrafo del artículo 44 del Código Procesal Constitucional).

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.).

Tratándose del hábeas corpus, la resolución que se cuestiona, además de ostentar la calidad de firme, debe violar la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Cumplidos estos requisitos se puede incoar la acción.

En el caso del *amparo*, independientemente de que la resolución judicial que se cuestiona deba tener la calidad de firme y violar la tutela procesal efectiva, la demanda será improcedente si el agraviado dejó consentir la resolución que pretende cuestionar.

4.4 ¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?

a) ¿El Órgano de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

El órgano encargado de impartir justicia constitucional sí puede declarar nula la decisión judicial y puede, incluso, ordenar la nulidad del proceso hasta la etapa anterior a la producción del acto lesivo.

b) ¿El Órgano de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

423

Primero, el Tribunal Constitucional en principio sólo anula la decisión judicial revisada y ordena que el *a quo* o *ad quem* expida nueva resolución sin violar los derechos fundamentales de la persona. Segundo, si el agravio constitucional es irrazonable y desproporcional, por economía procesal puede pronunciarse por el fondo. Tercero, si para la reparación basta la declaración de nulidad sin necesidad de que el Tribunal Constitucional ordene nueva resolución, se ejecuta directamente por el juez *a quo*.

c) ¿El Órgano de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Sí (confrontar la respuesta a la pregunta 4.4, b), *supra*).



d) ¿El Órgano de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

No, porque el juez constitucional la anula directamente. Sin embargo, cuando existe jurisprudencia o precedente vinculante sobre la materia en controversia, el Tribunal Constitucional ordena al juez *a quo* a resolver conforme a ellos.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Los datos más recientes arrojan que en el año 2006 el Tribunal Constitucional recibió un total del 11.149 expedientes, de los cuales el 3,05 por 100 eran amparos contra resoluciones judiciales y el 6,23 por 100 hábeas corpus que estaban referidos no sólo a decisiones jurisdiccionales, *stricto sensu*, sino también al cuestionamiento de incidencias procesales que afectan el derecho al debido proceso al interior de un juicio ordinario.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. *¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?*

No. Los miembros del Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 201 de la Constitución, son elegidos por el Congreso con la



votación de los dos tercios del número legal de miembros (80 votos), lo que supone una necesaria concertación entre las diferentes fuerzas políticas para lograr el nombramiento de los Magistrados.

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

La principal causa que suscita conflicto o podría suscitarlo en la relación Tribunal Constitucional-Poder Judicial es el incumplimiento del precedente constitucional. Existe un caso emblemático al respecto. En el año 2006, el Tribunal Constitucional expidió su sentencia recaída en el Expediente núm. 4227-2005-AA/TC, *caso Royal Gaming S.A.C.*, estableciendo un precedente vinculante en materia de explotación de juegos de casinos y tragamonedas, el mismo que fue incumplido por algunos jueces ordinarios. Suscitados estos hechos, el Poder Ejecutivo promovió un proceso competencial contra el Poder Judicial, toda vez que se encontraba impedido de ejercer su atribución, conferida expresamente por la propia Constitución, de cumplir y hacer cumplir las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales en este caso específico, la del Tribunal Constitucional. En consecuencia, el intérprete supremo de la Constitución vio la causa y resolvió anular procesos y dejar sin efecto sentencias expedidas por los jueces ordinarios que violaban la norma fundamental pero, sobre todo, no cumplían con el precedente vinculante establecido en la sentencia recaída en dicho expediente. Esta situación ha generado una suerte de tensión en la relación Tribunal Constitucional-Poder Judicial, por considerar que se ha violado el principio de la cosa juzgada y se está invadiendo los fueros judiciales ordinarios.



III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**

Uno de los problemas que plantea el modelo de justicia constitucional peruano de tutela de los derechos fundamentales está relacionado con los criterios para descartar las improcedencias de las causas, toda vez que mayoritariamente son estrictamente formales y distraen la atención del Tribunal Constitucional que tiene que resolver, en la mayoría de veces, casos sin trascendencia donde no se produce una verdadera amenaza o violación de los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, quizá resultaría oportuno propiciar una reforma legal que recoja la figura del *certiorari* para que sea el propio Tribunal Constitucional quien decida cuáles son los temas sobre los cuales se va pronunciar.



PORTUGAL

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

427

Resposta. O actual sistema português de fiscalização da constitucionalidade é original e complexo.

Os órgãos de fiscalização são, por um lado, o Tribunal Constitucional e, por outro, todos e cada um dos demais tribunais. O Tribunal Constitucional tem o exclusivo da fiscalização preventiva, sucessiva abstracta e da inconstitucionalidade por omissão e, quanto à fiscalização concreta, julga em última instância os recursos das decisões de todos e cada um dos demais tribunais em matéria constitucional. Os tribunais comuns são também órgãos de justiça constitucional e decidem das questões de constitucionalidade levantadas em cada caso «sub judice», e as suas decisões (positivas ou negativas) são sempre



recorríveis para o Tribunal Constitucional, respeitados os pressupostos processuais.

Isto significa que o controlo concreto ou incidental da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas pressupõe a existência de uma decisão judicial e de um recurso dessa decisão para o Tribunal Constitucional. Essa decisão judicial pode provir de qualquer tribunal (público ou arbitral).

O regime de fiscalização concreta abrange todas as normas do ordenamento jurídico e revela claramente a sua natureza mista, entre o sistema difuso tradicional em Portugal, e o sistema concentrado, de tipo austríaco, introduzido na Constituição de 1976. Diferentemente do que acontece com outros sistemas dotados de tribunal constitucional, em Portugal os tribunais comuns também têm acesso directo à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas; mas, diversamente dos sistemas de «judicial review», as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para o Tribunal Constitucional, que é exterior à jurisdição ordinária. O sistema é, pois, «difuso na base» e «concentrado no topo».

Assim, diferentemente, do que sucede no modelo europeu —em que, por via de regra, os tribunais comuns não dispõem do poder de recusar a aplicação de normas por inconstitucionalidade, devendo remeter ou reenviar para o Tribunal Constitucional as questões de constitucionalidade que sejam suscitadas—, os tribunais portugueses decidem eles mesmos sobre a questão, podendo desaplicar as normas inconstitucionais (tal como acontece na «judicial review»). Todavia, as suas decisões são sempre recorríveis para o Tribunal Constitucional e só ele decide definitivamente os casos de desaplicação por inconstitucionalidade.



Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Resposta. Sim, pois todos os tribunais portugueses (tribunais judiciais, tribunais administrativos e fiscais, Tribunal de Contas e, eventualmente, os tribunais militares constituídos durante a vigência do estado de guerra) podem apreciar e decidir as questões de constitucionalidade que se suscitarem nos casos submetidos ao seu julgamento, devendo desaplicar as normas que considerem inconstitucionais (art. 204.º da Constituição).

Ou seja, a competência para julgar questões de constitucionalidade é reconhecida a todos os tribunais (arts. 204.º e 280.º, n.º 1, da Constituição), que podem apreciar, por impugnação das partes ou por iniciativa do próprio juiz, a eventual inconstitucionalidade das normas aplicáveis aos casos concretos submetidos ao seu julgamento. Todavia, há sempre possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional – recurso que, em alguns casos, é obrigatório para o Ministério Público –, cabendo a este Tribunal decidir definitivamente a questão. Mas a decisão continua a valer apenas para o caso que deu origem ao recurso.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Resposta. Dúvidas os tribunais não podem suscitar nem, propriamente, recorrer oficiosamente ao Tribunal Constitucional. Porém, todas as decisões dos tribunais comuns sobre questões de constitucionalidade são sempre recorríveis para o Tribunal (pelo Ministério Público ou pelas partes) e, quando se



trate de recusa de aplicação (por inconstitucionalidade) das normas mais importantes o recurso para o Tribunal Constitucional é mesmo obrigatório.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Resposta. O processo inicia-se pela apresentação de um requerimento de interposição de recurso, apresentado no tribunal «a quo» no prazo de 10 dias a contar da notificação da sentença de que se pretende recorrer. Em face do requerimento de interposição do recurso, o juiz deste tribunal «a quo» pode tomar uma de três atitudes: (1) admitir o recurso; (2) não admitir o recurso (podendo então o recorrente reclamar para o Tribunal Constitucional); (3) convidar o recorrente a prestar os elementos em falta (requisitos formais do recurso).

Se não faltarem quaisquer elementos e o recurso for admitido pelo juiz «a quo», o recurso sobe ao Tribunal Constitucional e, neste, o conselheiro-relator procede a um exame preliminar do processo. Realizado esse exame, pode tomar uma de três atitudes: (1) proferir «decisão sumária» a não admitir o recurso (decisão da qual cabe reclamação para a secção respectiva do Tribunal Constitucional); (2) proferir «decisão sumária» caso a questão a decidir seja simples (decisão da qual também cabe reclamação); (3) ordenar a produção de alegações por um prazo que é, em regra, de 30 dias.

Produzidas alegações, o mesmo conselheiro-relator deve elaborar um memorando ou projecto de acórdão, que deve acompanhar o processo quando este vai com vista, pelo prazo de 10 dias, a cada um dos demais juízes da



secção. Esse memorando ou projecto de acórdão será objecto de discussão pelos juízes da secção e será a partir desse debate que se formará a decisão do Tribunal.

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

Resposta. Em Portugal, o controlo de constitucionalidade é um controlo de normas jurídicas. Por isso, o recurso é sempre um recurso de constitucionalidade, ou seja, insere-se, a título incidental, num processo em curso.

As normas em causa podem constar de lei ou de outros actos normativos do poder público e o Tribunal tem afirmado, através de uma reiterada jurisprudência, que o controlo de constitucionalidade é um controlo de normas, não um contencioso de decisões, seja qual for a sua natureza.

Mas, para efeitos de determinação do objecto do controlo, o Tribunal utiliza um conceito muito amplo de norma, recorrendo a um critério simultaneamente funcional e formal. Como vem referindo o Tribunal, em jurisprudência uniforme e constante, são «normas» quaisquer actos do poder público que contiverem uma «regra de conduta» para os particulares ou para a Administração, um «critério de decisão» para esta última ou para o juiz ou, em geral, um «padrão de valoração de comportamento». Trata-se, pois, de um conceito simultaneamente formal e funcional de norma, que não abrange somente os preceitos de natureza geral e abstracta, antes inclui quaisquer normas públicas, de eficácia externa, independentemente do seu carácter geral e abstracto ou individual e concreto. É de salientar ainda que, apesar de não existir em Portugal um instituto do tipo «queixa constitucional» (Verfassungsbeschwerde), «recurso de amparo» ou «acção constitucional de defesa» contra actos não normativos, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem permitido, ainda que de forma lateral ou mitigada, alcançar alguns dos efeitos desse instituto, designadamente quando admite a sindicabilidade das normas com uma deter-



minada interpretação— a interpretação acolhida na decisão recorrida. Na verdade, a questão de constitucionalidade tanto pode respeitar a uma norma (ou a uma parte dela) como também à interpretação ou sentido com que foi tomada no caso concreto e aplicada (ou desaplicada) na decisão recorrida.

Em traços gerais, encontram-se sujeitas ao controlo do Tribunal Constitucional as normas constantes de:

- tratados internacionais e acordos sob forma simplificada;
- actos legislativos ou com força de lei (leis da Assembleia da República, decretos-lei do Governo, decretos legislativos regionais);
- actos de natureza regulamentar (provenientes do Governo, dos governos regionais das regiões autónomas, dos órgãos de poder local, de certos magistrados administrativos, de certas pessoas colectivas públicas com poderes regulamentares, e mesmo de certas entidades não públicas, em certos casos, desde que lhes sejam atribuídos poderes normativos públicos).

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

Resposta. A fiscalização concreta da constitucionalidade contempla, no essencial, dois tipos de recurso:

- a) o recurso das decisões judiciais que recusem a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade;
- b) o recurso das decisões judiciais que apliquem norma arguida de inconstitucional pelas partes.

O Tribunal Constitucional tem considerado que o recurso de constitucionalidade desempenha uma função instrumental. Nestes termos, a noção de



interesse processual liga-se à ideia de utilidade da decisão da questão de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional para a decisão da questão principal (da exclusiva responsabilidade do tribunal «a quo»). Se a parte obteve ganho de causa quanto à questão de constitucionalidade, não possui, obviamente, qualquer interesse no recurso para o Tribunal Constitucional e, nessa medida, não dispõe de legitimidade. Por outro lado, o Tribunal vem afirmando que só deve conhecer de uma questão de constitucionalidade e pronunciar-se sobre a mesma quando esta se puder repercutir utilmente no julgamento do caso de que emergiu o recurso. Por isso, não haverá interesse processual, designadamente, se a decisão do recurso de constitucionalidade for útil apenas para prevenir futuros litígios ou para decidir esses litígios no caso de virem a eclodir.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

433

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

Resposta. A legitimidade para recorrer para o Tribunal Constitucional, no âmbito do controlo concreto de constitucionalidade, vem definida na Lei do Tribunal Constitucional, segundo a qual podem recorrer:

- a) o Ministério Público;
- b) as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso.

Existe, pois, uma legitimidade própria do Ministério Público na defesa objectiva da ordem constitucional, por um lado e, por outro, uma legitimidade dos particulares –pessoas singulares ou colectivas, nacionais ou estrangeiras– que se afere pela lei reguladora do «processo-pretexto» (cível, laboral, criminal, etc.) de que emerge o recurso de constitucionalidade.



b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

Resposta. Nos termos da Constituição e da Lei do Tribunal Constitucional, o recurso para o Tribunal Constitucional pode ter lugar em relação às decisões dos tribunais:

- 1) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade;
- 2) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;
- 3) que apliquem norma que anteriormente tenha sido julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

434

Para possuir legitimidade nos recursos de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou das decisões que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo é necessário suscitar a questão de constitucionalidade ou de ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal «a quo». O Tribunal Constitucional tem afirmado que suscitar uma questão de constitucionalidade «durante o processo» é fazê-lo em momento anterior à «decisão final» do tribunal recorrido, ou seja, enquanto neste a causa ainda se encontrar «pendente», mas existem situações excepcionais que levam a dispensar o recorrente do ónus da suscitação antecipada da questão de constitucionalidade. Por outro lado, a questão de constitucionalidade deve ser suscitada de forma clara e perceptível, de forma a que o tribunal «a quo» compreenda que tem de se pronunciar sobre ela. E, como é evidente, sendo o controlo de constitucionalidade um controlo de constitucionalidade de normas, a suscitação da inconstitucionalidade deve fazer-se por referência a normas jurídicas, não às decisões judiciais em si mesmas.



c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?*

Resposta. Nos termos do artigo 75.º da Lei do Tribunal Constitucional, o prazo de interposição de recurso é de dez dias, contados da notificação da decisão, sendo este prazo aplicável a todos os recursos, independentemente da natureza dos processos ou da ordem dos tribunais em que tenha sido suscitada a questão de inconstitucionalidade. Este prazo suspende-se durante as férias judiciais, ainda que a questão surja em processos que na jurisdição de origem tem natureza urgente.

d) *¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?*

Resposta. Em primeiro lugar, são condições de interposição do recurso das decisões judiciais que recusem a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade:

- que a recusa de aplicação ocorra numa decisão judicial;
- que a recusa de aplicação tenha por objecto normas jurídicas;
- que a decisão recorrida haja efectivamente recusado a aplicação de uma norma (ou normas) com fundamento em inconstitucionalidade;

A recusa de aplicação pode ser feita implícitamente, sendo irrelevante que a decisão recorrida qualifique ou não o vício como de inconstitucionalidade, pois que essa qualificação pertence ao próprio Tribunal Constitucional. Por outro lado, só são recorríveis as decisões em que o tribunal «a quo» recusou efectivamente a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. Não são, assim, recorríveis as «falsas» recusas de aplicação de normas jurídicas, isto é, aquelas em que o tribunal «a quo» se limitou a formular um juízo de inconstitucionalidade de uma norma jurídica mas não afastou



a sua aplicação ao caso. Nesse caso, o juízo de inconstitucionalidade representa um simples «obiter dictum» ou uma mera opinião «ad ostentationem» em matéria de constitucionalidade sem qualquer relevância para a economia da decisão recorrida. Esta conclusão é, afinal, corolário da ideia da natureza instrumental do recurso de constitucionalidade. Em contrapartida à recusa de aplicação equivale a recusa de aplicabilidade: é suficiente que o juiz tenha admitido a possibilidade de uma norma ser aplicável ao caso, afastando essa hipótese em virtude de a considerar inconstitucional.

Em segundo lugar, são condições específicas do recurso das decisões judiciais que apliquem norma arguida de inconstitucional pelas partes:

- que a aplicação ocorra numa decisão judicial;
- que essa aplicação tenha por objecto normas jurídicas;
- que a decisão recorrida haja aplicado a norma (ou normas) arguida de inconstitucional;
- que o recorrente haja suscitado a questão de constitucionalidade «durante o processo»;
- que se verifique uma exaustão dos recursos ordinários;
- que o recurso possua viabilidade, ou seja, que não se configure como manifestamente infundado;
- que o recorrente seja a mesma parte que preliminarmente haja suscitado a questão de constitucionalidade.

No que se refere, especialmente, ao esgotamento dos recursos ordinários, este pressuposto visa que o Tribunal Constitucional só seja chamado a reapre-



ciar decisões que constituam a última palavra dentro da ordem judiciária a que pertence o tribunal que as tomou, por forma a não facilitar o levantamento gratuito de questões de inconstitucionalidade e de modo a poupar a intervenção desnecessária do Tribunal.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

Resposta. Não, pois o Tribunal Constitucional não aprecia (directa e imediatamente) a decisão judicial.

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

Resposta. Não, pois o Tribunal Constitucional não aprecia (directa e imediatamente) a decisão judicial.

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Resposta. Sim. A competência do Tribunal Constitucional restringe-se sempre à questão de constitucionalidade e, na fiscalização concreta, as suas decisões são unicamente obrigatórias no caso (eficácia «inter partes»). Assim, o Tribunal Constitucional pode ou confirmar a decisão recorrida (se concordar com a posição nela tomada quanto à questão de constitucionalidade) ou revogar a decisão recorrida (se discordar da posição nela tomada quanto à questão de constitucionalidade).



Neste último caso, isto é, se der provimento ao recurso, o Tribunal revoga a decisão recorrida e os autos baixarão ao tribunal «a quo», a fim de que este reforme a decisão (ou, se se tratar de um tribunal superior, a reforme ou mande reformar), agora em conformidade com o julgamento sobre a questão de constitucionalidade, ou seja, como se diz no Acórdão n.º 223/05, «a execução de qualquer acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional implica o reexercício do poder jurisdicional pelo tribunal «a quo» em conformidade com o que, sobre a compatibilidade constitucional da norma aplicável, tenha sido definido no processo pelo próprio Tribunal Constitucional».

As decisões do Tribunal Constitucional fazem, no respectivo processo, caso julgado formal, impedindo que a questão venha a ser retomada de novo nesse processo quando não possa mais ser impugnada (por exemplo, através de arguição de nulidade em certo prazo). Por outro lado, a decisão do Tribunal constitui caso julgado material no processo quanto à questão de constitucionalidade suscitada.

Além disso, se o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa. Isto quer dizer que o Tribunal Constitucional pode adoptar uma interpretação da norma com um sentido diferente daquele com que a norma foi interpretada e aplicada pelo tribunal recorrido, chegando por isso a conclusão diversa sobre a constitucionalidade da norma. O tribunal recorrido fica obrigado a seguir essa interpretação no processo em causa.

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Resposta. Não, pois o Tribunal Constitucional apenas se pronuncia, a título incidental sobre a constitucionalidade da norma relevante para a

situação na sua aplicação ao caso «sub judice», não sobre a questão controvertida em si mesma.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Resposta. O quadro estatístico dos acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional nos últimos três anos (excluindo, todavia, as chamadas «decisões sumárias» que foram, respectivamente, 555 em 2004, 417 em 2005, e 592 em 2006), é o seguinte:

- em 2004, para um total de 725 acórdãos, o Tribunal julgou 558 recursos de constitucionalidade e, dentro destes últimos, apreciou a questão de mérito em 243 acórdãos;
- em 2005, para um total de 723 acórdãos, o Tribunal julgou 506 recursos de constitucionalidade e, dentro destes últimos, apreciou a questão de mérito em 195 acórdãos;
- em 2006, para um total de 711 acórdãos, o Tribunal julgou 551 recursos de constitucionalidade e, dentro destes últimos, apreciou a questão de mérito em 197 acórdãos.

A percentagem das decisões de mérito do Tribunal Constitucional, em recursos de constitucionalidade relativamente ao total de acórdãos proferidos em fiscalização concreta (excluindo quer os recursos de constitucionalidade em que se limitou a apreciar questões processuais, quer, ainda, as chamadas «decisões sumárias») é a seguinte:

- em 2004, a percentagem é de 33,51 por 100;
- em 2005, a percentagem é de 26,97 por 100;
- em 2006, a percentagem é de 27,70 por 100.



II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?

Resposta. Quanto à composição do Tribunal Constitucional, seis dos seus treze juízes têm de ser obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos tribunais (e os restantes sete entre juristas); quanto à designação, dez juízes são eleitos pelo Parlamento (a Assembleia da República), por maioria qualificada de dois terços; por seu turno, cabe a estes dez juízes cooptar os três restantes; o mandato é, em qualquer caso, de nove anos e não renovável.

A qualidade de juiz não é, assim, indiferente na perspectiva da composição do Tribunal Constitucional, mas trata-se de um relacionamento pessoal e não orgânico pois não é possível adquirir a qualidade de juiz do Tribunal Constitucional através das formas normais de progressão na carreira da magistratura judicial ou por inerência de funções desempenhadas em outros tribunais.

6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

Resposta. A intervenção do Tribunal Constitucional não se faz, a título prejudicial, mediante o pedido formulado por um outro tribunal para que aprecie determinada questão de constitucionalidade, como acontece com o mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 234.º do Tratado de Roma. Não existe assim qualquer possibilidade de «diálogo entre juízes». No



âmbito dos processos de fiscalização concreta, as questões de constitucionalidade são colocadas ao Tribunal Constitucional em via de recurso das decisões judiciais, interposto pelos particulares ou pelo Ministério Público, não podendo o juiz da causa suscitar oficiosamente qualquer questão de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional.

As decisões do Tribunal Constitucional não constituem precedente vinculativo para as restantes jurisdições, mas, nem por isso deixam de estar consagrados no direito constitucional português mecanismos tendentes a assegurar, no âmbito dos processos de fiscalização concreta, uma uniformização de jurisprudência quanto às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos vários tribunais e pelo próprio Tribunal Constitucional. Assim, se o Tribunal Constitucional tiver considerado inconstitucional uma certa norma, e se posteriormente um outro tribunal aplicar essa norma, há recurso obrigatório dessa decisão para o próprio Tribunal Constitucional. Além disso, se uma norma tiver sido julgada inconstitucional em três casos concretos, o Tribunal Constitucional pode vir a declará-la inconstitucional, com força obrigatória geral.

No que toca à questão de saber em que medida, no domínio dos processos de fiscalização concreta, os restantes tribunais acatam as decisões do Tribunal Constitucional, reformando as suas decisões em conformidade com o decidido por este quanto à questão de constitucionalidade, as decisões do Tribunal Constitucional revestem a força de caso julgado no processo quanto à questão de constitucionalidade que nele tenha sido suscitada. Apesar de se poder afirmar, de um modo geral, que a aceitação da jurisprudência do Tribunal Constitucional e o acatamento das suas decisões pelos tribunais recorridos se tem feito sem grandes dificuldades, não pode deixar de se reconhecer a existência de situações em que tal não se verifica, sobretudo quando o Tribunal procede à fixação da interpretação da lei conforme à Constituição num caso concreto.



No que respeita de um modo especial à questão do acatamento das decisões do Tribunal Constitucional pelo tribunal recorrido no domínio de um processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, o Tribunal tem admitido recursos de constitucionalidade quando, tendo revogado a decisão do tribunal «a quo» e tendo-a mandado reformular em harmonia com o por si decidido quanto à questão de constitucionalidade, se venha a verificar um desrespeito daquilo que foi por si decidido quanto a esta questão. Existe, assim, a possibilidade de recorrer para o Tribunal Constitucional com fundamento em violação de caso julgado relativo a decisão por ele anteriormente proferida. Ainda, no recente Acórdão n.º 223/05, o Tribunal Constitucional reiterou que «pode conhecer do eventual incumprimento do seu Acórdão n.º 379/04, pois não só é o tribunal competente para decidir definitivamente sobre a sua própria competência, como é de conhecimento oficioso a violação de caso julgado», pelo que em consequência, determinou o cumprimento integral do julgamento sobre a questão de constitucionalidade constante do em acórdão em causa.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**



I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

443

Respuesta. Los tribunales en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y todos los jueces y juezas, independientemente de su jerarquía, tienen facultad para expresarse a través de sus determinaciones judiciales sobre la constitucionalidad de las leyes y sobre las actuaciones de los poderes legislativo y ejecutivo. En este sentido, el control de la constitucionalidad es difuso.

Sin embargo, el Tribunal Supremo es el último intérprete de la Constitución. El Tribunal atiende en primera instancia los recursos de *mandamus*, *hábeas corpus*, *quo warranto*, *injunction*, *auto inhibitorio* y otros que se determinen por ley. Así también, atiende, mediante recurso de apelación, las sentencias finales en casos civiles dictadas por el Tribunal de Apelaciones en las que se haya determinado la inconstitucionalidad de una ley, resolución conjunta,



resolución concurrente, regla o reglamento de una agencia o instrumentalidad pública, u ordenanza municipal, al amparo de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o de la Constitución de los Estados Unidos de América. También atiende recursos de apelación que plantean conflicto entre sentencias dictadas por el Tribunal de Apelaciones. Revisa, mediante auto de *certiorari* a ser expedido discrecionalmente, las demás sentencias o resoluciones del Tribunal de Apelaciones, según los términos que se dispongan en reglas de procedimiento o en leyes especiales.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Respuesta. Sí pueden, en casos concretos ante su consideración (es decir, dentro del marco de un caso o controversia).

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

Respuesta. Los tribunales intermedios no pueden elevar consultas al Tribunal Supremo. Según señalado anteriormente, el control de la constitucionalidad en Puerto Rico es difuso. Todos los jueces y juezas pueden decretar la inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, conforme a principios firmemente arraigados de interpretación constitucional, deben dar a las leyes una interpretación constitucional y sólo deben decretar la inconstitucionalidad de una ley, norma o reglamento cuando no haya interpretación constitucional que pueda adoptarse.



Ahora bien, una declaración de inconstitucionalidad de un tribunal de primera instancia o de un tribunal intermedio apelativo tiene efectos solamente en el caso o controversia específico en el cual se hizo. El Tribunal de Apelaciones, como foro apelativo intermedio entre el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal Supremo, revisa como cuestión de derecho las sentencias finales del Tribunal de Primera Instancia, y de forma discrecional, las decisiones finales de los organismos o agencias administrativas y cualquier otra resolución u orden dictada por el Tribunal de Primera Instancia. Las decisiones a nivel del Tribunal Apelativo, una vez advienen finales y firmes, pueden ser citadas pero sólo gozan de carácter persuasivo para casos posteriores.

Por su parte, el Tribunal Supremo, actualmente integrado por un Juez Presidente, tres Jueces Asociados y dos Juezas Asociadas, puede organizarse en una o más Salas para el despacho de los asuntos que recibe, excepto aquellos para los cuales la Constitución dispone un número mínimo de jueces, como es el caso de las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes que requieren una mayoría de sus miembros. Sólo la declaración de inconstitucionalidad de una ley hecha por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, como intérprete último de la Constitución, es aplicable *erga omnes*.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. **¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.**

Respuesta. Dentro del sistema difuso del control de la constitucionalidad, las determinaciones de inconstitucionalidad de un Tribunal de Primera Instancia pueden ser revisadas por los foros judiciales de mayor jerar-



quía. Se maneja como un proceso apelativo más, según las normas establecidas por ley.

Según dicho anteriormente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, como foro de última instancia, es el máximo intérprete de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y sus leyes. No es un tribunal de casación, por lo que puede intervenir en la apreciación de los hechos realizadas por los tribunales inferiores en caso de error manifiesto, o de clara arbitrariedad o prejuicio. Sus decisiones no son revisables por ningún otro tribunal, excepto que si la decisión afecta algún derecho garantizado por la Constitución de Estados Unidos o por alguna ley federal, se puede recurrir ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico son fuente de derecho y constituyen precedente en el ordenamiento jurídico.

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

Respuesta. Las decisiones judiciales del Tribunal de Primera Instancia pueden ser revisadas por el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico, y las de éste, por el Tribunal Supremo de Puerto Rico.

Los recursos disponibles para acudir al Tribunal Supremo son, de ordinario:

a) El recurso de *certiorari* para revisar cualquier actuación judicial, bien por sentencia o por resolución, en las que se haya cometido un error de derecho o de apreciación de la prueba, cuando no existe otro recurso apelativo o éste resulta lento e ineficaz para garantizar una solución rápida y se logre persuadir a uno de esos tribunales que el caso amerita ser revisado de esa manera. En el esquema jurídico actual, son revisables por *certiorari* ante el Tribunal Supremo todas las sentencias y resoluciones finales del Tribunal de Apelacio-



nes en casos penales, de asuntos de menores, civiles, de jurisdicción voluntaria y de revisiones judiciales de decisiones administrativas, así como todas las resoluciones interlocutorias en todos los casos, salvo las limitadas excepciones establecidas por ley.

b) El recurso de apelación de las sentencias finales que dicte el Tribunal de Apelaciones en las cuales se haya determinado la inconstitucionalidad de una ley, resolución conjunta, resolución concurrente, regla o reglamento de una agencia o instrumentalidad pública, u ordenanza municipal, al amparo de la Constitución de los Estados Unidos de América o de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o cuando se plantee la existencia de un conflicto entre sentencias del Tribunal de Apelaciones en casos apelados ante ese Tribunal.

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

447

Respuesta. La parte afectada por una decisión adversa puede acudir a un foro de mayor jerarquía para solicitar la revisión de la decisión. La ley establece el mecanismo apropiado de acuerdo a la naturaleza de la determinación judicial, así como los términos para solicitar la revisión.

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

- a) ¿Quién puede ejercerlo/a?
- b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?
- c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?
- d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?



Respuesta. La parte afectada por una decisión adversa puede acudir a un foro de mayor jerarquía para solicitar la revisión de la decisión, no hay límites en cuanto al tipo de decisión de la que puede recurrir. Los plazos o términos para instar un recurso apelativo están prescritos por las leyes procesales existentes. De ordinario, el plazo es de treinta días, los cuales comienzan a decursar a partir de la fecha en que se notifica a las partes la determinación judicial.

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Respuesta. Cualquier tribunal de mayor jerarquía puede revocar una determinación de inconstitucionalidad dentro del sistema difuso del control de la constitucionalidad. Sin embargo, la declaración de inconstitucionalidad de una ley hecha por el Tribunal Supremo de Puerto Rico se asume como la interpretación última de la Constitución.



Dado que los planteamientos constitucionales se atienden y resuelven dentro del «caso o controversia», las resoluciones se ejecutan a través del procedimiento ordinario de ejecución de la sentencia.

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

Respuesta. No aplica.

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

449

5. *¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?*

Respuesta. No. Los miembros de la Judicatura son nombrados por el Poder Ejecutivo y confirmados por el Senado de Puerto Rico.

6. *¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.*

Respuesta. El Tribunal Supremo es el máximo tribunal en la jerarquía de la Rama Judicial, constituyendo la última instancia decisoria en la resolución de las controversias jurídicas puestas bajo su conocimiento.



Tiene facultad para considerar y resolver, mediante auto de certificación a ser expedido discrecionalmente, *motu proprio* o a solicitud de parte, cualquier asunto pendiente ante el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Apelaciones, en que se plantea que existe: conflicto entre decisiones previas del Tribunal de Apelaciones, cuestiones noveles en el Derecho, o cuestiones de alto interés público que incluyan cualquier asunto constitucional sustancial al amparo de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o de la Constitución de los Estados Unidos de América. También atiende, mediante auto de certificación, cualquier asunto que le fuere certificado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, un Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos de América, un Tribunal de Distrito de Estados Unidos de América o el más alto tribunal apelativo de cualquier estado de los Estados Unidos de América, cuando así lo solicite cualquiera de dichos tribunales, de existir ante el tribunal solicitante cualquier asunto judicial en el que estén implicadas cuestiones de derecho puertorriqueño que puedan determinar el resultado del mismo, y respecto a las cuales no existan precedentes en nuestra jurisprudencia local.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. **Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.**



I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

451

Corresponde al Pleno de la Suprema Corte de Justicia conocer de la constitucionalidad de las leyes por vía directa. El pleno está conformado por todos los jueces que hacen un total de dieciséis (16), y es el órgano de mayor jerarquía. No obstante, los jueces de la República, pueden declarar la inconstitucionalidad por la vía difusa.

En el caso de la República Dominicana, la propia Constitución en su artículo 67, número 1, otorga a la Suprema Corte de Justicia la potestad para conocer de las acciones directas en inconstitucionalidad.

Artículo 67.—«Corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la ley: (...) Conocer en única instancia de las causas penales [...] y de la constituciona-



lidad de las leyes, a instancias del Poder Ejecutivo, de uno de los Presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada [...]».

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

No.

3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

452

A partir del año 1998, nuestro máximo tribunal amplió la legitimación activa de inconstitucionalidad de la ley al interpretar el concepto de parte interesada, creando de esta forma una verdadera acción popular, que hace del tribunal supremo un real tribunal ciudadano, debido a que sólo basta con actuar como denunciante de la inconstitucionalidad.

Como planteamiento ante la Suprema Corte de Justicia y por vía directa no pueden hacerlo, ahora bien, en el marco de un proceso que los tribunales estén conociendo y de forma incidental, de oficio, a través del control difuso, pueden pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley, decreto o resolución.

Ahora bien, todo juez, como ciudadano común, y como veremos más adelante en la definición de parte interesada, puede solicitar por la vía directa la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma.



Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.

Las sentencias y las decisiones de los tribunales ordinarios, no son sometidas ante la acción constitucional. Por su parte, las sentencias constitucionales son decisiones emanadas por el pleno de la Suprema Corte de Justicia en virtud de la prerrogativa constitucional de conocer en única instancia sobre la constitucionalidad de las leyes. Estas resoluciones son definitivas porque ponen fin al proceso constitucional, por lo tanto no son objeto de ningún recurso.

Corresponde a la Suprema Corte de Justicia, por atribución de constitucionalidad, confrontar esa norma con la Constitución, en la medida en que se expulsa del ordenamiento jurídico un acto estatal contaminado de inconstitucionalidad, contribuyendo con esta decisión con la sanidad del sistema jurídico y la supremacía de la Constitución.

Las sentencias constitucionales no sólo son productos de procesos jurídicos, sino que además constituyen manifestaciones políticas en tanto enjuician actos de los poderes públicos, estableciendo límites, reconociendo derechos y deberes y regulando los excesos de la autoridad o poder público de conformidad con lo que establece la ley fundamental.

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

4.2 ¿En qué supuestos y por qué motivos?



4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

- a) ¿Quién puede ejercerlo/a?
- b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?
- c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?
- d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

- a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?
- b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?
- c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?
- d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los que el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?

No.

El procedimiento para la designación de los Jueces de la Suprema Corte de Justicia, se encuentra establecido en las disposiciones de la Ley No. 169-97, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura; siendo éste el órgano competente para conocer de las designaciones de los referidos Jueces.

455

El Consejo Nacional de la Magistratura está conformado por:

- a) El Presidente de la República.
- b) El Presidente del Senado y un Senador escogido por el Senado que pertenezca a un partido diferente al partido del Presidente del Senado.
- c) El Presidente de la Cámara de Diputados y un Diputado escogido por la Cámara de Diputados que pertenezca a un partido diferente al partido del Presidente de la Cámara de Diputados.
- d) El Presidente de la Suprema Corte de Justicia.
- e) Un Magistrado de la Suprema Corte de Justicia escogido por ella misma, quien ejercerá de Secretario.



Procedimiento para la designación de los jueces:

- Todo ciudadano que reúna las condiciones señaladas en el artículo 65 de la Constitución de la República podrá ser candidato a integrar la Suprema Corte de Justicia.

- La presentación de candidatura será absolutamente libre, y se podrá realizar tanto por instituciones como por personas físicas dentro de los plazos y de acuerdo con las formalidades establecidas por el Consejo Nacional de la Magistratura.

- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura podrán proponer, por su parte, los candidatos que juzguen pertinentes.

- Cualquiera de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura podrá ser propuesto como juez de la Suprema Corte de Justicia, si reúne las condiciones exigidas por el artículo 65 de la Constitución de la República. Sin embargo, en todos los casos en que un miembro del Consejo Nacional de la Magistratura aspire o acepte su postulación como juez, se abstendrá de participar en su elección.

- Tampoco podrá participar en la elección de un candidato a Juez de la Suprema Corte de Justicia cuando le unan vínculos sanguíneos o de afinidad hasta el tercer grado inclusive.

- Propuestas las candidaturas a Jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura podrá convocar a los candidatos para ser evaluados en los diversos aspectos que juzgue convenientes. Asimismo, el Consejo Nacional de la Magistratura podrá someter a vistas públicas las candidaturas y tendrá facultad de indagar todas las circunstancias que considere oportunas para recabar el parecer de instituciones y ciudadanos.



- El Consejo Nacional de la Magistratura podrá designar a uno o a varios de sus miembros para que realicen cualquier investigación en torno a una candidatura, el cual deberá rendir su informe.

- Depuradas las candidaturas, el Consejo deberá proceder a su elección, la que se llevará a efecto por un mínimo de cuatro (4) votos favorables de los miembros presentes.

- Al designar los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura lo hará para el período que indique la Ley de Carrera Judicial, conforme las disposiciones combinadas de los Párrafos III y IV del artículo 63 de la Constitución de la República. Si al término de ese período no han sido electos los sustitutos, permanecerán en sus funciones hasta tanto sean elegidos o confirmados otros jueces.

- Tan pronto como se haya elegido uno o más Jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura, deberá por vía de la Secretaría, convocar al o los designados, a fin de que presten el juramento de ley ante el mismo Consejo.

- Una vez elegidos todos los Jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Consejo, por un mínimo de cuatro (4) votos favorables, determinará quién tendrá a su cargo la presidencia del Alto Tribunal y quiénes ocuparán los cargos de primer y segundo sustitutos del Presidente.

- Cuando un miembro del Consejo Nacional de la Magistratura aspire a presidente, primer o segundo sustituto de la Suprema Corte de Justicia, se abstendrá de votar para la elección de estos cargos.

- Tan pronto se hayan designado los miembros de la Suprema Corte de Justicia, ésta se reunirá para designar el miembro de dicha entidad que será Secretario del Consejo Nacional de la Magistratura.



6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

No. Lo anterior en virtud de la naturaleza de las decisiones que emite la Suprema Corte de Justicia, las cuales tienen un efecto *erga omnes*, es decir, vinculante frente a todos; contrario al caso de los demás tribunales del orden judicial, cuyo efecto es sólo entre las partes.

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

458

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.



Respuestas al cuestionario

URUGUAY

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

459

Respuesta. En Uruguay no existe una Jurisdicción constitucional separada de la Jurisdicción ordinaria. El control de constitucionalidad es atribuido, de modo exclusivo y originario a la Suprema Corte de Justicia, órgano máximo del Poder Judicial.

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?

Respuesta. No, sólo la Suprema Corte de Justicia puede declarar inconstitucional una ley.



3. **¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?**

Respuesta. Sí. Cualquier Juez o Tribunal puede, en caso de tener que aplicar una ley que considera inconstitucional, solicitarle a la Suprema Corte de Justicia que así lo declare, con el efecto de la inaplicación de dicha disposición legal al caso concreto.

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. **¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.**

Respuesta. No. No hay un mecanismo de impugnación ante una jurisdicción o instancia específicamente constitucional. Aunque la inconstitucionalidad de una disposición aplicada puede ser esgrimida como agravio de un recurso de apelación o casación, siempre y cuando se logre que la Suprema Corte previamente declare inconstitucional a dicha disposición.

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*



c) ¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*



II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?
6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

462

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.



Respuestas al cuestionario

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. ¿Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional?

463

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra consagrado un sistema mixto de garantía constitucional, en el cual la Jurisdicción ordinaria detenta la potestad de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, cuando exista incompatibilidad entre el Texto Constitucional u otra norma jurídica, con la obligación luego de haber procedido a la desaplicación de la norma de remitir a la Sala Constitucional la referida sentencia, con la finalidad de que se efectúe un análisis abstracto de la desaplicación realizada. Al efecto, establece el artículo 334 del Texto Constitucional, lo siguiente:

«Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en [la] Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de [la] Constitución.

En caso de incompatibilidad entre [la] Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspon-



diendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella».

Por otra parte, la Jurisdicción constitucional es ejercida exclusivamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, a la cual se le encuentra atribuido el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tal como lo establece el artículo 335 constitucional, que dispone: *«El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.»*

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y otras normas?

Sí pueden, a través del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, conforme se encuentra establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la obligación como fue previamente advertido, de remitir dicho fallo a la Sala Constitucional con la finalidad efectuar un análisis abstracto sobre la constitucionalidad de la norma.



3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?

No pueden hacerlo a través del ejercicio de una acción de inconstitucionalidad, sino que cualquier juez de la República puede desaplicar una ley siempre que ésta colide con el texto constitucional y para el caso concreto. No existe la figura de la «cuestión de inconstitucionalidad».

Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. ¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)?

Los particulares pueden interponer la solicitud de revisión constitucional contra las sentencias dictadas que tengan el carácter de definitivamente firmes, cuando a su juicio vulneren derechos y/o garantías constitucionales por ante la Sala Constitucional, la misma es una solicitud extraordinaria en la cual, cabe advertirse que la Sala, según pacífica y reiterada jurisprudencia al respecto, ha establecido que la potestad de revisión es ejercida de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, si con ello se va a contribuir a la uniformidad en la interpretación de principios y normas constitucionales, puesto que tal solicitud no implica una instancia adicional de conocimiento de la causa (*vid.* Sentencia de esta Sala núm. 44 del 2 de marzo de 2000, caso: «*Francia Josefina Rondón Astor*»).

Adicional a ello, cabe destacar que existe la posibilidad de interponer un amparo constitucional contra decisión judicial de los Tribunales Superiores con competencia distinta a la Contencioso-Administrativa, las Cortes de lo



Contencioso-Administrativo, Cortes de Apelaciones en lo Penal, Corte Marcial todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (*vid.* Sentencia núm. 1, de 20 de enero de 2000, caso: «Emery Mata Millán»).

4.1 ¿A través de qué recurso o acción?

Puede interponer una solicitud de revisión constitucional, la cual no tiene el carácter de recurso ni de acción, ya que la misma puede ser revisada de manera discrecional por la Sala, si aprecia que con ello se va a contribuir a la uniformidad en la interpretación de principios y normas constitucionales o, un amparo constitucional, el cual es una acción, conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

4.2 ¿En qué supuesto y por qué motivos?

I. Revisión Constitucional

Los supuestos normativos se encuentran contemplados en los artículos 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en los artículos 5.4 y 5.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al efecto establecen los mismos:

«Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (...).».

Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República.

...omissis...



4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación (...).

... omittis ...

16. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales de la República».

No obstante lo anterior, en el fallo núm. 93 del 6 de febrero de 2001 (caso: «Corpoturismo»), la Sala Constitucional determinó su potestad extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, de revisar las siguientes decisiones judiciales:

«(...) 1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional (...).»



Asimismo, debe destacarse que en la sentencia núm. 325, de 30 de marzo de 2005, caso «*Alcido Pedro Ferreira y otros*», se amplió el objeto de control mediante el supuesto de hecho de la revisión constitucional establecida en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a la violación de derechos constitucionales y no sólo a la vulneración de principios jurídicos fundamentales.

II. Amparo Constitucional

El amparo constitucional contra decisión judicial conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, procede contra los fallos judiciales cuando: i) el Tribunal haya actuado con abuso de autoridad, usurpación de funciones o que se haya atribuido funciones que la ley no le confiere, y ii) cuando su actuación signifique la violación directa de derechos o garantías constitucionales.

468

4.3 ¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?

Respecto al procedimiento de la revisión constitucional, se inicia mediante escrito interpuesto directamente por ante la Sala, al cual debe ser acompañado copias certificadas del fallo objeto de impugnación. Su procedimiento fue desarrollado en sentencia núm. 93/2001, admitiendo la posibilidad de que en el marco de dicho procedimiento puedan ser dictadas medidas cautelares (Sentencia núm. 428, de 6 de abril de 2005, caso: «*Preston University*»), sin embargo, la Sala igualmente ha admitido, cuando la complejidad del caso lo requiera, la posibilidad de acordar una audiencia previa a la resolución del fondo (*vid.* Sentencia núm. 775, de 18 de mayo de 2001).

En cuanto al amparo constitucional, al ser una verdadera acción, en primer lugar tiene que cumplir con los requisitos que debe contener todo escrito de amparo, establecidos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre



Derechos y Garantías Constitucionales y no encontrarse incurso en una de las causales de inadmisibilidad, establecidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Admitida la causa, puede el juez en la misma oportunidad a solicitud de parte dictar medidas cautelares en el marco de tal procedimiento (cfr. Sentencia de 24 de marzo de 2000, caso: «Corporación L'Hotels, C.A.»), luego de la admisión y de la notificación de las partes procesales se procede a convocar a una audiencia pública y constitucional, en la cual el juez debe dictar el dispositivo del caso, pudiendo publicar el extenso en un lapso de cinco días.

Aunado a lo anterior, debe destacarse que si en la oportunidad de la admisión el juez aprecia que la presente acción no reviste una violación de índole constitucional, puede declarar la improcedencia *in limine litis*, ya que resultaría inocuo e ineficaz la tramitación de un *iter* procedimental que no afectaría la decisión de fondo, todo ello en aras de garantizar los principios de economía y celeridad procesal.

a) ¿Quién puede ejercerlo/a?

En ambos casos, sólo pueden ejercerlos las partes procesales que hayan intervenido en el proceso que resolvió el fallo que pretende ser impugnado a través de la revisión constitucional o el amparo constitucional.

b) ¿Contra qué decisiones puede ejercerse?

En el caso de la revisión constitucional puede interponerse contra i) las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país; ii) las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, iii) sentencias definitivamente firmes que hayan sido



dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional, iv) sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional, v) contra las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, vi) contra las sentencias que hayan sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación y, vii) contra medidas cautelares que hayan prejuzgado como definitivas y que no sean susceptibles de recurso alguno (*vid.* Sentencias núms. 442/2004 y 255/2005).

Mientras que en el amparo constitucional contra decisión judicial por ante la Sala Constitucional conociendo en primera y única instancia puede interponerse contra las decisiones judiciales de los tribunales superiores –Tribunales Superiores con competencia distinta a la Contencioso-Administrativa, las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, Cortes de Apelaciones en lo Penal, Corte Marcial–, ya que adicionalmente, la Sala Constitucional puede conocer en alzada de las decisiones emitidas de los Juzgados o Tribunales Superiores de la República –salvo los Contencioso-Administrativos–, las Cortes de lo Contencioso-Administrativo, y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando éstos actúen como tribunales de primera instancia, en tanto su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal.

c) ¿Cuál es el plazo para ejercerlo/a?

Precisamente como se trata de una solicitud extraordinaria, no tiene lapso alguno, sin embargo, no puede interponerse la solicitud de revisión constitucional contra las sentencias dictadas con anterioridad a la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), salvo aquellos casos en que la constitución permite la retroactividad, esto es, en el supuesto que contempla el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido a la aplicación de normas que impongan menor pena (*vid.* sentencia núm. 1.695, de 12 de septiembre de 2001, caso: «Jesús Ramón Quintero»).

En cuanto a la acción de amparo constitucional la misma debe ser ejercida en el lapso de seis meses posteriores a la notificación del fallo objeto del amparo constitucional.

d) ¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?

El único requisito formal en la revisión constitucional es la consignación del fallo objeto de impugnación en copias certificadas.

En cuanto al amparo constitucional, es necesario que el accionante haya agotado los medios ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico (cfr. artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), so pena de la declaratoria de inadmisibilidad de la acción (*vid.* Sentencia núm. 2.369, de 23 de noviembre de 2001, caso: «Mario Téllez García y otro»).

No obstante, la Sala ha admitido ciertas excepciones cuando haya sido alegado por las partes una urgencia demostrada en el proceso de la necesaria reparación inmediata de las presunta violaciones de los derechos y/o garantías



constitucionales, por poder resultar infructuosa la espera en la tramitación y decisión de los recursos ordinarios (*vid.* Sentencias núms. 963, de 5 de junio de 2000 y 848 del 28 de julio de 2000, caso: «Luis Alberto Baca», entre otras).

4.4. *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?

Si la Sala Constitucional constata que la sentencia incurre dentro de los supuestos de revisión o del amparo constitucional, es decir, si ha infringido algún criterio vinculantes establecido por la Sala Constitucional, o la sentencia impugnada ha incurrido en violaciones de derechos y/o garantías constitucionales, entre otros de los supuestos *supra* mencionados, se procede a declarar ha lugar la revisión constitucional o con lugar el amparo constitucional y se anula el fallo objeto de impugnación, reponiendo la causa al estado de que el Tribunal competente se pronuncie nuevamente conforme a la doctrina expuesta en el fallo de constitucionalidad.

b) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?

No, la Sala Constitucional procede a anular el fallo objeto de revisión constitucional o amparo constitucional y repone el estado de la causa para que el Tribunal competente pase a dictar una nueva sentencia conforme a la doctrina expuesta en el fallo.

Sin embargo, en materia de revisión constitucional mediante voto concurrente expuesto en el fallo CANTV, la Sala ha asomado la posibilidad de que bajo ciertas circunstancias pueda dictarse la sentencia de fondo, evitando así el reenvío de la causa y retraso innecesarios en ciertos casos que atenten contra la tutela judicial efectiva de las partes (*cfr.* Voto Concurrente emitido



por la Presidenta Luisa Estella Morales Lamuño, publicado conjuntamente con la sentencia núm. 3 del 25 de enero de 2005, caso «CANTV»).

Asimismo, debe destacarse que en materia de amparo constitucional, en ciertos casos, por razones de celeridad procesal y, siempre y cuando se haya tramitado la causa en su totalidad la Sala puede proceder a dictar la decisión de fondo cuando actúa como tribunal de alzada, siendo cuidadosa en mantener el carácter restitutorio y no constitutivo de derechos del amparo constitucional.

c) ¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?

Éste es el método utilizado por la Sala Constitucional, como se expuso anteriormente.

d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anular y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

No, la Sala procede a anular y el juez o tribunal ordinario procede a dictar una nueva decisión conforme al criterio establecido en la sentencia de constitucionalidad.

4.5. *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

La Sala publica un número cercano a 4.000 sentencias al año, de los cuales un número cercano a un 80 por 100 de casos, son sentencias de revisión constitucional y amparos constitucionales contra decisiones judiciales.



II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso de qué manera?

No, ésta no participa en la composición del órgano, ya que la Sala Constitucional se encuentra constituida por siete magistrados, que no forman parte de otro órgano jurisdiccional, y ésta no se encuentra dividida, y la única relación existente entre la Jurisdicción ordinaria y la justicia constitucional es la obligación de todo juez de asegurar la integridad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a través del control difuso de la constitucionalidad.

6. ¿Ha habido conflictos entre la jurisdiccional constitucional y la Jurisdicción ordinaria?

Sí, ha existido a través del conflicto de competencia; no obstante se ha establecido que cuando la Sala Constitucional ha emitido un criterio sobre la atribución de una competencia determinada a un órgano jurisdiccional, este criterio priva sobre el expuesto por la Jurisdicción ordinaria (vid. Sentencia núm. 2.013, de 8 de septiembre de 2004).



CUESTIONARIO

I.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

1. Explique brevemente cómo se articulan la Jurisdicción ordinaria y la constitucional. En caso de que orgánicamente no exista una Jurisdicción constitucional especializada, explique brevemente qué lugar ocupa la Sala Constitucional o el organismo ad hoc dentro de la organización judicial.

475

Sobre el control de normas

2. ¿Pueden todos los jueces y tribunales controlar por sí solos la constitucionalidad de las leyes y de otras normas?
3. ¿Pueden todos los jueces y tribunales ordinarios suscitar dudas sobre la constitucionalidad de las leyes y/o de otras normas ante el Órgano de Justicia Constitucional?



Sobre el control de sentencias y otras decisiones judiciales

4. *¿Cabe impugnar de alguna manera las sentencias y otras decisiones de los jueces y tribunales ante el Órgano de Justicia Constitucional (Corte Suprema, Sala Constitucional o Tribunal Constitucional)? Explique brevemente esta impugnación.*

4.1 *¿A través de qué recurso o acción?*

4.2 *¿En qué supuestos y por qué motivos?*

4.3 *¿Cuál es la regulación procesal de este recurso o acción?*

a) *¿Quién puede ejercerlo/a?*

b) *¿Contra qué decisiones puede ejercerse?*

c) *¿Cuál es plazo para ejercerlo/a?*

d) *¿Qué requisitos especiales de procedibilidad existen (agotamiento de recursos previos, alegación de la violación dentro del proceso previo, etc.)?*

4.4 *¿Qué efectos tiene la decisión del Órgano de Justicia Constitucional?*

a) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada?*

b) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y profiere una nueva?*

c) *¿El Organismo de Justicia Constitucional anula directamente la decisión judicial revisada y ordena al juez o tribunal ordinario proferir una nueva decisión acorde con la sentencia de constitucionalidad?*



d) ¿El Organismo de Justicia Constitucional ordena al juez o tribunal ordinario que profirió la decisión anularla y proferir una nueva acorde con la sentencia de constitucionalidad?

4.5 *¿Cuál es el porcentaje aproximado de casos en los cuales el Órgano de Justicia Constitucional conoce de la constitucionalidad de decisiones judiciales respecto del total de casos que debe resolver dicho órgano en un año?*

II.

RELACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

5. ¿Participa la Jurisdicción ordinaria en la designación y/o composición del Órgano de Justicia Constitucional, y en ese caso, de qué manera?
6. ¿Ha habido conflictos entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria? Explique brevemente, en su caso, los posibles conflictos.

477

III.

COMENTARIOS ADICIONALES

7. Añádase cualquier información que se considere oportuna. Pueden resultar especialmente útiles para el debate, las reflexiones sobre las virtudes y riesgos de cada modelo.

