

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL



**GARANTIAS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN DE
DERECHOS.**
**(ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CASOS DE
BRASIL Y ESPAÑA).**

Tesis Doctoral presentada por:

PAULA REGINA ARRUDA DE AZEVEDO

Dirigida por:

DRA. ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

2.013

“Sueño que un día el derecho sea más que leyes, sea más que pseudo justicia, sea más que procedimientos y tecnócratas a su servicio para transformarse en una ciencia puesta para concebir el ser humano como su principal bien jurídico de protección. Es este el esencial sentido del Estado Democrático”.

PAULA ARRUDA

AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento a la maestra ÁNGELA FIGUERUELO, que para quienes tienen el privilegio de compartir de sus conocimientos, sabrán que es una profesora con gran capacidad de trabajo, reconocido prestigio y destacada competencia académica.

A mi hermana CELMA TAVARES por la amistad. A mis amigos ITIZÍAR GOMEZ FERNANDEZ y ANTONIO GOMES MOREIRA MAUÉS por animarme siempre y creer en mi trabajo.

Agradezco a mi madre VANJA por el soporte emocional y amor. A mi padre EDSON que me enseñó principios éticos para ser quien soy y siempre fue mi fortaleza.

A mi marido ALEXANDRE y mi hijo JORGE, a quienes no podré agradecerles toda la comprensión por mis ausencias y por el amor que me han dedicado; por ello son co-autores de mi vida y les dedico todo mi amor y este trabajo.

Salamanca, 22 de marzo de 2013.

ABREVIATURAS

AI: AGRAVIO INTERNO
AI-QO: CUESTIÓN DE ORDEN EN EL AGRAVIO INTERNO
AC: ACCIÓN CAUTELAR
AGR: AGRAVIO REGIMENTAL
ARE: REPERCUSIÓN GENERAL EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO CON AGRAVIO
ART.: ARTÍCULO
BOE: BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO
CF/88: CONSTITUCIÓN FEDERAL BRASILEÑA DE 1988
CPC: CÓDIGO DE PROCESO CIVIL
ED: EMBARGOS DE DECLARACIÓN
LO: LEY ORGÁNICA
LOMN: LEY ORGÁNICA DE LA MAGISTRATURA NACIONAL
LOPJ: LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL
LOTG: LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PEC: PROPUESTA DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL
PLS: PROYECTO DE LEY SUBSTITUTIVO
QO: CUESTIÓN DE ORDEN
RCL: RECLAMACIÓN CONSTITUCIONAL
RE: RECURSO EXTRAORDINARIO
RG: REPERCUSIÓN GENERAL
RISTF: REGLAMENTO INTERNO DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
SS.: SIGUIENTES
STC: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
STJ: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
STF: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
TC: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TEDH: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	11
<u>CAPÍTULO I – SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA</u>	22
1.1. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA: APROXIMACIÓN A SU FUNDAMENTO.....	22
1.2. LOS ORÍGENES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN NORTEAMÉRICA.....	36
1.3. EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN NORTEAMÉRICA.....	44
1.4. EL SURGIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA.....	50
1.5. LA SUPREMACÍA DE LA LEY COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA CONSTITUCIONAL EN EUROPA.....	59
1.6. CARACTERÍSTICAS DE LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	65
1.6.1. Las características del control de constitucionalidad difuso.....	66
1.6.2. Rasgos originarios del control concentrado de constitucionalidad.....	70
1.6.3. El control de constitucionalidad como control híbrido.....	75

**CAPÍTULO II - LA FORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
EN BRASIL.....84**

**2.1. EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE EL AUTORITARISMO Y LA
DEMOCRACIA Y LA CREACIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL...84**

**2.2. EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y EL REPARTO DE
COMPETENCIAS ENTRE LAS SALAS Y EL PLENO.....90**

2.2.1. La responsabilidad de la sesión plenaria.....90

2.2.2. La responsabilidad de las Salas.....93

2.3. EL ESCENARIO DE LA CRISIS DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL...94

**2.4. LAS VÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN BRASIL POR LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES..... 100**

2.4.1. El Habeas Data.....100

2.4.2. El Mandato de Injunción.....104

2.4.3. Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental.....110

2.4.4. El Habeas Corpus.....116

2.4.5. El Mandato de Seguridad.....120

2.4.6. La Acción Civil Pública.....124

2.4.7. La Acción Popular.....129

**CAPÍTULO III – EL CONTROL JURISDICCIONAL DE
CONSTITUCIONALIDAD EN
BRASIL.....134**

3.1. LA FORMACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....134

**3.2. EL CONTROL CONCENTRADO EN BRASIL: COMPETENCIA,
LEGITIMIDAD Y CLASES.....144**

**3.2.1. Los efectos del control concentrado de constitucionalidad en
Brasil.....154**

3.2.1.1. Los efectos *ex nunc* y *ex tunc* en el control concentrado.....154

3.2.1.2. El efecto vinculante.....156

3.3. LAS RECLAMACIONES PARA PRESERVAR LA AUTORIDAD DE LAS DECISIONES DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN EL CONTROL CONCENTRADO.....	169
3.4. EL CONTROL DIFUSO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988.....	177
3.4.1. EL PROBLEMA DE LA UNIFORMIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	182
3.4.1.1. La uniformización jurisprudencial por medio de los sumarios vinculantes.....	182
3.4.1.2. La petición de inconstitucionalidad y la reserva del Pleno.....	187

CAPÍTULO IV – LA CUESTIÓN DE LA REPERCUSIÓN GENERAL Y LA TRASCENDECIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....191

4.1. EL HISTÓRICO DE LOS FILTROS PRECEDENTES A LA REPERCUSIÓN GENERAL.....	193
4.2. LA REPERCUSIÓN GENERAL EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO.....	197
4.2.1. Hipótesis de procedibilidad del recurso extraordinario y la repercusión general.....	206
4.2.2. El juicio de admisibilidad de la repercusión general.....	209
4.2.3. La creación jurisprudencial de uno más requisito de filtraje para el recurso extraordinario: el cuestionamiento previo de la repercusión general.....	215
4.2.4. El procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario y el juzgamiento único de múltiples recursos interpuestos ante el STF....	217
4.2.5. Los efectos del nuevo recurso extraordinario.....	226

CAPÍTULO V – LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA COMO INSTITUCIÓN GARANTIZADORA DE DERECHOS.....240

5.1. HACIA EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.....240

5.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU IMPORTANCIA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ESTRUCTURA Y COMPETENCIAS.....255

5.3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LOS MODOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....264

5.4. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.....265

5.4.1. Plazo y entes legitimados en el recurso de inconstitucionalidad..270

5.4.2. Los efectos de las sentencias en el proceso directo de constitucionalidad.....280

5.5. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.....286

5.5.1. La duda de inconstitucionalidad y el juicio de relevancia.....296

5.5.2. La sentencia y sus efectos en la cuestión de inconstitucionalidad.....303

5.5.3. La autocuestión de inconstitucionalidad surgida en proceso de amparo.....307

5.5.4. El control previo de constitucionalidad de los Tratados internacionales.....313

CAPÍTULO VI – EL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA: GARANTÍA EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS.....316

6.1. EL AMPARO CONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS, ÁMBITO DE PROTECCIÓN Y LEGITIMIDAD ACTIVA.....327

6.2. ACTOS DEL PODER PÚBLICO SUSCEPTIBLES DE IMPUGNACIÓN.335

6.2.1. Amparos frente a los actos del Poder Legislativo.....336

6.2.2. Amparos frente a los actos de la Administración Pública.....338

6.2.3. Amparo frente a actos u omisiones del Poder Judicial.....342

6.3. CRISIS Y REFORMA DEL PROCESO DE AMPARO.....345

6.4. LOS CAMINOS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 6/2007.....	353
6.5. LA CONSAGRACIÓN DE LA ESPECIAL RELEVANCIA CONSTITUCIONAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	364
6.5.1. El trámite de admisión del recurso de amparo en la lógica de la especial trascendencia constitucional. El destaque para los cambios tras la reforma de 2007.....	372
6.5.2. Los efectos de las sentencias de amparo constitucional, las medidas cautelares y resoluciones provisionales como fruto de la reforma de la LOTC.....	377
6.5.3. El papel del incidente de nulidad de actuaciones en la actual configuración del amparo constitucional.....	381
CODA: ALGUNOS ASPECTOS A DESTACAR EN LA COMPARACIÓN EFECTUADA ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA Y DE ESPAÑOLA EN EL TEMA DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	386
CONCLUSIONES.....	413
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	422

INTRODUCCIÓN

En la presente Tesis Doctoral nos ocupamos de comparar el modo en que la jurisdicción constitucional de Brasil y de España actúan en la defensa de los derechos fundamentales. Más específicamente se trata de estudiar los modelos de constitucionalidad en Brasil y en España, así como de los mecanismos específicos existentes para la defensa de los derechos fundamentales en cada uno de estos países en el nivel de la jurisdicción constitucional.

Para desarrollar el análisis es necesario comprender como está concebido el fundamento jurídico-político de la Constitución, así como conocer el escenario en el cual surgieron los sistemas originarios de control de constitucionalidad, difuso en Norteamérica y concentrado en Europa, para describir que en la actualidad hay una aproximación entre ambos sistemas, permitiendo una hibridación que concibe los actuales sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad como modelos que mezclan elementos de los dos sistemas originarios. Esto implica que no podría hablarse únicamente de modelos puros de control de constitucionalidad.

En efecto, percibimos que en Brasil el control mixto de constitucionalidad es de competencia del Supremo Tribunal Federal, quien en el ejercicio de la actividad concentrada juzga los procesos de control de constitucionalidad a través de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de constitucionalidad; y, en la competencia difusa, juzga en última instancia, el recurso extraordinario que proviene de la verificación de la inconstitucionalidad por los jueces y demás tribunales a partir de un caso concreto. Además de estos principales procesos constitucionales verificaremos la existencia de la inconstitucionalidad por omisión que intenta suprimir las omisiones legislativas que impiden el desarrollo de las garantías constitucionales.

En España el control de constitucionalidad es competencia del Tribunal Constitucional y se realiza por medio del control concentrado caracterizado por el recurso de inconstitucionalidad; y por el control incidental en el cual identificamos la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento

hábil para la verificación de la inconstitucionalidad a partir de un caso concreto. Sin embargo, al contrario de lo que sucede con el sistema brasileño, el orden constitucional español permite el control previo de inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales. Y todavía, permite que por medio de la denominada autocuestión de inconstitucionalidad se pueda proponer una acción concentrada de inconstitucionalidad a partir de un recurso de amparo.

El problema de la investigación que nos proponemos contestar fue formulado tras la verificación de los diferentes mecanismos de protección de los derechos fundamentales entre Brasil y España, que suscitó el siguiente cuestionamiento: ¿Cómo están garantizados los derechos fundamentales en Brasil y en España por medio de la jurisdicción constitucional?

Partimos de la hipótesis, en el caso brasileño, de que en Brasil no hay una efectiva Corte Constitucional, sino un Tribunal especializado en las cuestiones constitucionales, pero que acumula otras competencias ajenas al ejercicio de la jurisdicción constitucional. No obstante, cumple a este Tribunal, principalmente, la competencia de la verificación de inconstitucionalidad y la máxima garantía de los preceptos constitucionales. De este modo, tenemos como hipótesis inicial que el Supremo Tribunal Federal, en Brasil, es el máximo guardián e intérprete de la Constitución y en el ejercicio acumulado de todas sus competencias se ocupa, con gran dificultad, de realizar satisfactoriamente sus funciones ante la sobrecarga de actividades que le corresponde. Por ello, la jurisdicción constitucional en Brasil ha buscado actuar a través de una optimización procesal que no siempre es el mecanismo más favorable a la defensa de los derechos fundamentales.

A su vez, en el caso español, analizamos como hipótesis inicial que la defensa y guardia de la Constitución corresponde al Tribunal Constitucional en la teoría formulada por Kelsen, según la cual el órgano de cierre, supremo guardián de la Constitución sería un órgano que se situaría fuera de la estructura ordinaria judicial, configurándolo como verdadero órgano autónomo responsable únicamente de la defensa de la Constitución. Este Tribunal, a pesar de su *status*, también se caracteriza por tener que resolver una avalancha de recursos que dificultan la verificación de inconstitucionalidad, así como, la protección de los derechos fundamentales en el recurso de amparo.

Construyendo tales hipótesis delimitamos como objetivo específico del trabajo, comprender cómo cada uno de estos países desarrollan sus actividades de control de constitucionalidad y de defensa de los derechos fundamentales, en el nivel de la jurisdicción constitucional, teniendo por base para estas competencias, relacionadas con la protección de los derechos fundamentales, las normativas con rango de ley, a partir de estructuras político-jurídicas tan distintas.

Aunque tanto en Brasil como en España la jurisdicción ordinaria se ocupa, asimismo, de la protección de derechos fundamentales, el objetivo específico de este trabajo es analizar dicha protección en el nivel de la jurisdicción constitucional y considerando las normativas con rango de leyes, con lo cual el análisis de los mecanismos ordinarios de protección de los derechos fundamentales y el control de los actos normativos sin fuerza de ley no coinciden con el hilo conductor de este trabajo, razón que permite no potenciar sus análisis como objeto del trabajo.

Verificamos que en España el desarrollo histórico-político posibilitó una descentralización política donde el poder central comparte competencias con las Comunidades Autónomas. Éstas, a su modo, adquirieron grados diferenciados de autonomía y competencias que afectan, decisivamente, a la jurisdicción constitucional. En cambio, comprobamos en Brasil la formación de un Estado Federal (la Unión) compartiendo competencias con los Estados-miembros que mantienen entre sí el mismo grado de autonomía y competencia.

Todavía, en esta línea de investigación, sería posible percibir que el peculiar modo de transición del sistema autoritario en España facilitó una serie de leyes de adaptación al nuevo régimen constitucional que, en la actualidad, dificultan la protección de los derechos fundamentales ya que apreciamos una gran dispersión de vías para la tutela jurisdiccional de estos derechos que aunque haya sido modificada con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 6/2007 requiere una unificación del procedimiento de la jurisdicción ordinaria. En cambio, en Brasil, el paso al sistema democrático fue estructurado sobre un sistema unificado de control de constitucionalidad y defensa de los derechos fundamentales, articulando la protección de éstos tanto por medio del control de constitucionalidad, cuanto por medio de otras

acciones constitucionales que resguardan derechos individuales y colectivos en el nivel de la jurisdicción constitucional.

Utilizamos el método de investigación comparado para delimitar los asuntos que serán abordados, centrando los cuestionamientos en torno a la formación jurídico-constitucional del ordenamiento jurídico brasileño y español, a los modelos de control de constitucionalidad para la actuación de la jurisdicción constitucional y a los instrumentos específicos para la defensa de los derechos fundamentales en el nivel de la jurisdicción constitucional, considerando especialmente en cada uno de los dos países las categorías de los medios de protección, competencia, legitimidad y efectos de dichos procesos.

Recogemos en la investigación las fuentes primarias (decisiones de los Tribunales encargados de la jurisdicción constitucional), así como las fuentes legislativas y doctrinales. Utilizamos como fuentes del análisis libros, periódicos, Códigos jurídicos, y recursos de Internet.

La presente Tesis Doctoral se justifica en razón del interés práctico y teórico acerca de la actuación de los jueces y tribunales en el control de constitucionalidad y en la defensa de los derechos fundamentales, que son la máxima expresión de desarrollo constitucional de los países, como consecuencia de la necesidad de evitar que ocurran de nuevo las atrocidades evidenciadas en la II Guerra Mundial. Los hechos vergonzosos que marcaron la historia mundial desencadenaron una conciencia ética universal de protección a los derechos humanos. Estos derechos humanos concebidos normativamente en los documentos internacionales de protección fueron incorporados por las Constituciones de los países, siendo nominados como derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

Todo este movimiento transformó la concepción de jurisdicción constitucional, que especialmente en Europa, seguía arraigada a la idea de supremacía de la ley. La noción de Supremacía de la Constitución atribuyó a los Tribunales encargados de la jurisdicción constitucional la defensa y garantía de los derechos fundamentales, como forma de legitimar la actuación de los países. En este contexto, el presente trabajo encuentra su fundamento en el análisis de las transformaciones político-jurídicas de la idea de Constitución, así como, por actualizar la concepción en torno a la jurisdicción constitucional en

cuanto nuevo paradigma de defensa de los derechos fundamentales, no bastando la justificación formal de soberanía del pueblo por medio de la soberanía de la Ley.

En el primer capítulo analizamos que la concepción de la Constitución pasó por muchas transformaciones, especialmente identificadas en los conceptos doctrinarios de LOCKE y ROUSSEAU, que en contextos diferentes posibilitaron la ascensión de las teorías histórico-tradicional, sociológica y racional-normativa que fueron fruto de innumerables corrientes de pensamiento que intentaron conceptualizar lo que sería la Constitución. En el análisis de las diversas tendencias optamos por entender el fundamento de la Constitución como *“norma jurídica fundamental de un Estado democrático de derecho, ordenadora de la estructura política del país e instrumento de realización de los derechos al desarrollo humano, en cuanto aseguradora de los derechos de libertad y de los derechos sociales, difusos y colectivos de la sociedad, a través del establecimiento de un procedimiento democrático de toma de decisiones que le concederá legitimidad”*.

Además, verificamos que tanto en Europa, como en Norteamérica y América Latina, la configuración de la jurisdicción constitucional mezcla elementos de los originarios modelos de constitucionalidad difuso y concentrado, no pudiéndose hablar ya de modelo europeo y modelo norteamericano de control de constitucionalidad sin caer en un error terminológico insalvable. Hay que considerar la aproximación entre los dos sistemas y la consecuente hibridación de los modelos actuales, como resultado del avance de la idea, según la cual la supremacía constitucional requiere la real y efectiva defensa de la Norma Suprema, no sirviendo solamente una justificación formal de tal actividad.

El capítulo segundo se ocupa de la formación de la jurisdicción constitucional en Brasil analizando la estructura del sistema de protección constitucional en la historia brasileña. Además, se analizan las vías de protección de los derechos fundamentales por medio de las acciones constitucionales estudiando las acciones del *Habeas Data*, del Mandato de Injunción, de la Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental, del *Habeas Corpus*, del Mandato de Seguridad, de la Acción Civil Pública y, de la Acción Popular.

El *Habeas Data* sirve para asegurar el conocimiento de informaciones relativas al impetrante, que consten en registro o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público y para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo a través de un proceso que esté revestido del secreto de justicia, judicial o administrativo.

El Mandato de Injunción es necesario cuando ocurra acumulativamente, a tenor del artículo 5º, LXXI, de la Constitución, tanto la omisión legislativa que reglamente el ejercicio de derechos y libertades aseguradas constitucionalmente u ocurra omisión legislativa para dar efectividad de prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía; como que el dispositivo carezca de norma reguladora, impidiendo el ejercicio por el titular de la garantía constitucional.

La Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental está prevista en la Ley nº 9.882/99, y de su articulado se desprenden dos especies de procedimiento: la petición autónoma y la petición incidental. La petición autónoma constituye un típico proceso objetivo de control concentrado de constitucionalidad, debiendo ser utilizada cuando las otras categorías de acciones en el control concentrado de constitucionalidad no se revelasen aptas para impedir la vulneración del precepto fundamental de la Constitución.

A su vez, la petición incidental se presenta como un mecanismo destinado a provocar la apreciación del Supremo Tribunal Federal acerca de una controversia constitucional relevante, que esté siendo discutida en proceso sometido a cualquier juez o tribunal, cuando no existe otro medio apto para corregir la vulneración del precepto fundamental, pero sin entrar a examinar la cuestión de mérito del caso concreto.

El Habeas Corpus es el remedio del Derecho Procesal Constitucional dirigido a la tutela de la libertad de locomoción y está previsto en el artículo 5º, LXVIII, de la Constitución brasileña.

El Mandato de Seguridad pretende atacar cualesquier actos de autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público, practicados ilegalmente o con abuso de poder.

La Acción Civil Pública se destina a la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos, a tenor del artículo 129 de la Constitución.

Por fin, en el artículo 5º, LXXIII, de la Constitución se determina que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la Acción Popular que intente anular un acto lesivo al patrimonio público, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural.

Estas acciones constitucionales son instrumentos jurídicos para la protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional del Supremo Tribunal Federal, además de la posibilidad de conocimiento por los jueces ordinarios, lo que justifica su estudio en este trabajo por centrarse en el análisis de la jurisdicción constitucional y la función de los Tribunales Constitucionales para la defensa de los derechos.

Sin embargo, el estudio de acciones de este tipo no puede ser objeto del trabajo, con base en el derecho español, pues al contrario, el sistema constitucional español prevé acciones similares solamente en el proceso de la jurisdicción ordinaria, razón por la cual no serán objeto detallado del análisis, ya que no están incluidas en las competencias del Tribunal Constitucional español.

Subrayamos que nuestro objeto de investigación es la verificación de cómo Brasil y España han actuado para la protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional y por lo tanto el rigor metodológico de delimitación temática es requisito necesario para un trabajo comparativo de las atribuciones del Supremo Tribunal Federal, en Brasil, y del Tribunal Constitucional, en España. Ya que este último no está encargado del conocimiento de las acciones ordinarias contenidas en leyes procesales infraconstitucionales, aunque protejan derechos fundamentales, como el habeas corpus, por ejemplo, tales asuntos no se enmarcan en la jurisdicción constitucional dedicada a la guardia de la Constitución por el Tribunal Constitucional.

La protección constitucional específica de los derechos fundamentales en España estará representada por el recurso de amparo al cual dedicaremos cuidadoso análisis para atender a la metodología comparativa. En este sentido, la comparación se estructurará en los modos de control de constitucionalidad y en las acciones o recursos específicos destinados a la protección de los derechos fundamentales, que en cuanto a

este último aspecto, tendrá por base las acciones constitucionales en Brasil y el recurso de amparo en España.

El tercer capítulo abordará el control jurisdiccional de constitucionalidad en Brasil. El control de constitucionalidad se produce a través del control jurisdiccional sucesivo utilizando los instrumentos jurídicos de la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declaratoria de constitucionalidad y la inconstitucionalidad por omisión. El control difuso es el control jurisdiccional de constitucionalidad que legitima a los particulares para petitionar la verificación de inconstitucionalidad a partir de un caso concreto, cuando sea una cuestión prejudicial que incide sobre su demanda judicial en el proceso ordinario.

El control previo de constitucionalidad de las leyes en Brasil es ejercido por órganos políticos (en el proceso legislativo) con el objetivo de evitar la introducción de normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico. Las Casas del Congreso Nacional tienen la Comisión de Constitución y Justicia de forma permanente que emitirá, conforme el caso, un parecer de la inconstitucionalidad de la ley. Por fin, tras la aprobación del proyecto, podrá el Presidente de la República vetar la ley si se la considera inconstitucional. La doctrina dominante entiende que no es posible el control preventivo de constitucionalidad con respecto a los proyectos de ley o propuestas de Enmiendas a la Constitución, salvo en el caso de inconstitucionalidad por omisión.

En lo referente al control sucesivo, el sistema brasileño evidencia una alta dificultad en la articulación del control concentrado al control difuso. Pero nuestro objetivo será considerar que la relación entre los sistemas de control de constitucionalidad solo demostrará mayor articulación en la medida en que sea respetada la autoridad de las decisiones de la Corte Suprema y, al mismo tiempo, que sea hecha una relectura de los moldes de vinculación de la jurisdicción infra-constitucional, a partir de la flexibilización del efecto vinculante (que obliga al cumplimiento de las decisiones del Supremo Tribunal Federal por los demás órganos judiciales) para dialogar con las decisiones de los jueces ordinarios también encargados de la jurisdicción constitucional en sede de control difuso procediendo a una mayor armonización y coherencia para la protección de derechos fundamentales.

El capítulo cuarto analizará la cuestión de la “repercusión general y la trascendencia constitucional” del recurso extraordinario en la protección de los derechos fundamentales haciendo especial hincapié en los caminos fijados por la jurisdicción constitucional brasileña para la “objetivación” del control difuso de constitucionalidad, que en Brasil puede ser propuesto por la parte interesada directamente al Tribunal Supremo siendo, por lo tanto, una importante vía de protección a los derechos garantizados por la Constitución.

En este capítulo haremos el análisis detallado de los orígenes del recurso extraordinario, sus cambios normativos y el movimiento controvertido de regularización de los filtros existentes para su admisión a trámite. Esto nos revelará el desafío para la protección de los derechos fundamentales en Brasil por medio del recurso extraordinario, ante la ausencia del adecuado diálogo judicial entre los magistrados operantes en el control mixto de constitucionalidad brasileño y el Supremo Tribunal Federal, desafío este que se acentúa ante a la inexistencia de un recurso constitucional único que disponga como objeto la tutela de derechos fundamentales por parte de la jurisdicción constitucional concentrada.

Trabajaremos en el análisis de la jurisdicción constitucional en España en el quinto capítulo, en el cual observamos dos tipos principales de recurso para el control sucesivo de inconstitucionalidad. El recurso de inconstitucionalidad tiene como objetivo la determinación en abstracto de la inconstitucionalidad de una norma; y, la cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto la concreción de la inconstitucionalidad de una norma en función de un proceso ordinario donde se cuestiona su aplicación. Además, podemos verificar la autocuestión de inconstitucionalidad como una inconstitucionalidad surgida en un proceso de amparo que posibilitará una facultad especial del Tribunal Constitucional por virtud de la cual él puede instar la inconstitucionalidad de una ley.

En el control preventivo de inconstitucionalidad la competencia del Tribunal Constitucional no es meramente consultivo y se trata de evitar la ratificación de un Tratado Internacional que haría políticamente más onerosa su invalidación *ex post* por causas de inconstitucionalidad, que su bloqueo previo anterior a estos actos finales.

En el sexto capítulo analizaremos el recurso constitucional de amparo en España que es un procedimiento de impugnación ante el Tribunal Constitucional en virtud del cual se protege al ciudadano de los actos de lesión o violación de sus derechos y libertades fundamentales y se le restablece o preserva en estos derechos.

En el sistema constitucional español de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas, la protección jurisdiccional de los mismos no se asienta, como regla, en la intervención del Tribunal Constitucional, sino en la de los órganos de la jurisdicción ordinaria a los cuales la protección primaria queda encomendada. En efecto, el recurso de amparo constitucional se ha caracterizado por ser un medio extraordinario y suplementario de la normal y primaria tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que constitucionalmente se encomienda a los órganos judiciales ordinarios.

En las vías ordinarias de protección a los derechos fundamentales observaremos los recursos referentes al proceso para la protección del derecho de reunión dispuesto en el artículo 122 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que sustituye la normativa de este proceso incluida anteriormente en el artículo 7º.6 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas; el proceso para hacer efectivo el derecho de rectificación, contenido en la Ley Orgánica 2/1984 con finalidad de protección del derecho de honor del artículo 18 de la Constitución; el proceso de Habeas Corpus, en la Ley Orgánica 6/1984 que desarrolla el artículo 17.4 de la Constitución, para la tutela del derecho a la libertad; los procesos electorales establecidos en los artículos 49 y 108 a 120 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, para la protección del derecho de participación política (artículo 23 de la Constitución).

Además, los procesos motivados por demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación que se tramitarán con carácter preferente y en ellos será siempre parte el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 249.1.2.º de la Ley 1/2000; el proceso para la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen que incluye reglas especiales sobre la legitimación activa, contenido de las posibles acciones

cautelares, etc. dispuestas en la Ley Orgánica 1/1982 que debe entenderse completada por el artículo 249.1.2.º de la Ley 1/2000, estableciendo que las demandas relativas a la protección de estos derechos se decidirán en el juicio civil ordinario; y, el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial modificado posteriormente por la Ley Orgánica 13/1999, posibilitando declarar la nulidad de actuaciones judiciales fundadas en defecto de forma que hubieran causado indefensión o incongruencia del fallo, que tras la reforma de 2007 incluyó en su objeto la posibilidad de nulidad en casos de violación de derechos fundamentales en cuanto intento de disminuir la sobrecarga del Tribunal Constitucional ante la posibilidad de “autorrevisión” de las decisiones equivocadas proferidas por un determinado juez ordinario. Asimismo, en el amparo constitucional la reforma alcanzó la inclusión de la “especial trascendencia constitucional”, para la cual haremos especial énfasis en el análisis de la misma en el marco del recurso de amparo constitucional y su impacto para la protección de los derechos fundamentales.

El estudio comparativo propuesto lo resumimos en la CODA, que a título de reflexión, trazará el paralelo sobre las similitudes y diferencias existentes entre Brasil y España en el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, con lo que observaremos la comprobación de las hipótesis iniciales previstas y a modo de conclusión aportaremos lo que creemos que puedan ser las vías posibles de afrontamiento del problema de sobrecarga de los Tribunales constitucionales, analizados en el trabajo de investigación que aquí presentamos.

CAPÍTULO I – SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA

1.1. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA: APROXIMACIÓN A SU FUNDAMENTO.

En el tema que nos hemos propuesto trabajar acerca de la jurisdicción constitucional como garantizadora de los derechos fundamentales es tarea obligada analizar los medios de control y garantía de la Constitución. Para ello es necesario comprender el concepto normativo de Constitución y su carácter de exigibilidad en los cuales cumplirá respetarle el control de constitucionalidad. Pero la concepción de Constitución como norma jurídica directamente exigible puede sugerir una comprensión errónea sobre su fundamento, si se la entiende de acuerdo con los estrictos conceptos normativistas kelsenianos.

Con el fin de elucidar el contenido conceptual de la Constitución analizaremos cómo tal concepto viene siendo concebido en la teoría política y, a partir de ahí, trasplantado hasta la teoría constitucional. Nos interesará averiguar no solamente la dogmática jurídica constitucional, sino los fundamentos políticos (que en principio es donde radica la idea de Constitución) para una adecuada comprensión sobre lo que debe ser la Constitución que será garantizada por el control de constitucionalidad.

La idea de Constitución adquiere en el período del pensamiento moderno su germen en las dos grandes revoluciones del siglo XVIII. En la Revolución Norteamericana, la idea del pacto social como fundador de cualquier sociedad política se enraíza en LOCKE y se nutre de una segunda fuente, que sería un derecho más alto que proviene del derecho natural medieval.¹

En cambio, la Revolución Francesa construye una idea de Constitución tributaria de los ideales de ROUSSEAU tomando las bases de la

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“El valor normativo de la Constitución española de 1978”*. En: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas. 2000. Pág. 68.

soberanía nacional oponiéndose a la soberanía personal del Rey. Los revolucionarios franceses colocan en primer término el tema de la sustitución de la soberanía del Rey absoluto, por la soberanía del pueblo como un poder originario y soberano.²

Las dos concepciones, a pesar de sus diferencias, van a coincidir en la postulación de un derecho más alto que el ordinario para que la libertad quedase preservada teniendo por marco las teorías *iusnaturalistas* del pacto social de donde el Estado constitucional iba a nutrirse. La Constitución en el sentido que le atribuyeron las dos revoluciones tendría unas características formales y materiales tratándose de una norma fundamental escrita y rígida, que desde el punto de vista material servirá a la garantía de derechos y al establecimiento de la separación de poderes.³

JAMES BRYCE propone la definición de Constitución como una estructura de gobierno que prescribe la forma de estructuración de la administración del Estado, determina sus poderes y garantiza los derechos del ciudadano frente a aquél, constituyéndose en el conglomerado de leyes y costumbres a través de los cuales se rige el Estado.⁴

ÁLVAREZ CONDE aduce que en esta definición se incluye el ideal propio del positivismo y del formalismo jurídico como la concepción que considera que la Constitución es la ley que regula y ordena la vida política del Estado. En la actualidad las relaciones entre la Constitución formal y material revisten una mayor complejidad, pues si bien es cierto que una Constitución establece los sujetos jurídico-constitucionales (aquellos órganos e instituciones previstos por las normas constitucionales para el ejercicio de las funciones públicas), también es cierto que no puede prever todos los actores posibles, o sea aquellas entidades extraconstitucionales, a través de las cuales se actualiza la Constitución.⁵

² *Ibíd.* Págs. 70-71.

³ ARAGÓN REYES, MANUEL. “*La democracia constitucional*”. En: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas. 2000. Págs. 96-97.

⁴ BRYCE, JAMES. “*Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988. Págs.23-27.

⁵ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. “*La incidencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico*”. En: *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la*

Reflexionando sobre la significación de la Constitución GARCÍA DE ENTERRÍA relata que, inicialmente, se va a presentar en sus dos grandes manifestaciones (la Revolución Americana y la Francesa) basada en unos supuestos que radican en su origen popular o comunitario, como expresión de la doctrina del pacto social y de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder.⁶ Pero esta concepción va a sufrir en la Europa continental un fuerte embate entre la derecha (por las Monarquías restauradas que van a recoger de la idea constitucional el sentido de codificación formal del sistema político superior) y la izquierda (con procedencia hegeliana que desemboca en el marxismo, reduciendo la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la soporta).⁷

Estos conflictos conceptuales sobre lo que debe ser la Constitución van a permitir un rica producción intelectual sobre su naturaleza, que en principio culminará especialmente en las discusiones entre las teorías normativas, materialistas e historicistas.

Analizando una tipología de los conceptos de Constitución MANUEL GARCÍA-PELAYO apunta tres formas: el concepto racional normativo, el concepto histórico tradicional, y, el concepto sociológico.⁸

El primero concibe la Constitución como un complejo normativo configurado de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y sus relaciones.⁹

La mayor expresión de este pensamiento la representa la doctrina de KELSEN, quien afirmaba que la Constitución supone el nivel más alto dentro del derecho nacional, definiendo el término Constitución no en sentido formal, sino en el sentido material; pero, para él, el sentido material de la Constitución

Constitución Española de 1978. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1998. 21-22.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“La constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. 1983. Pág. 41.

⁷ *Ibíd.* Pág. 42.

⁸ GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *“Derecho constitucional comparado”*. Alianza Editorial. Madrid. 1984. Págs. 34 y ss.

⁹ *Ibíd.* Pág. 34.

está constituido por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y la creación de las leyes. En cambio, el sentido formal se refiere al documento solemne que enuncia un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales.¹⁰

Este concepto va a considerar solamente la Constitución en su forma escrita, permitiendo un orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas.¹¹ Para KELSEN solo habría Constitución en el derecho objetivo y sin moral, o sea, como expresión de la ley sin ninguna injerencia de valores.

Intentando confrontar esta idea normativa de KELSEN, el concepto histórico-tradicional va a concebir que el historicismo constituye el fundamento de que la Constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino el resultado de la transformación histórica; por esto, no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales que advienen de situaciones concretas extraídas de la costumbre.¹²

En estos ideales se basan las ideas de EDMUND BURKE, que afirma que la Constitución es una herencia vinculada, legada por los antepasados y que debe ser transmitida a los sucesores como una propiedad del pueblo sin referencia al derecho general o anterior.¹³

En esta concepción de la Constitución, la ley no es creada, sino que en verdad es expresión de ella misma y puede suceder que la Constitución actúe por la costumbre, por lo que puede ser concebida bien escrita o como norma consuetudinaria.¹⁴

¹⁰ KELSEN, HANS. *“Teoría del derecho y del Estado”*. Textos universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1993.

¹¹ GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *“Derecho constitucional comparado”*. Alianza Editorial. 1984. Ob. Cit. Pág. 39.

¹² *Ibíd.* Pág. 42.

¹³ BURKE, EDMUND. *“Reflexiones sobre la Revolución Francesa”*. Colección Civitas. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1978.

¹⁴ GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *“Derecho constitucional comparado”*. Alianza Editorial. Madrid. 1984. Ob. Cit. Pág. 44.

El concepto sociológico, a su modo, hará frente a los dos conceptos anteriores que, conforme lo define GARCÍA-PELAYO, se fundamenta en la concepción de que la Constitución es un “ser” y no un “deber ser”. Además, no es ella producto del pasado, sino que se relaciona con estructuras sociales del presente. Confrontando el pensamiento de KELSEN, la Constitución no se sustenta en una norma trascendente, pues en realidad tiene su estructura propia, de la que emerge, debiendo adaptarse el “deber ser” al “ser”.¹⁵

Nos parece que en el desarrollo de las teorías de HEGEL y MARX, LASSALLE aparece como una de las mejores expresiones de este concepto de Constitución. En FERDINAND LASSALLE la esencia de la Constitución es vista como la suma de los factores reales del poder que rigen una nación. Para él los problemas constitucionales no son problemas de derecho, sino del poder, pues la verdadera Constitución tendría por base los factores reales y efectivos del poder.¹⁶

El autor analiza que las Constituciones escritas no tienen valor y tampoco son durables si no expresan fielmente los factores del poder que imperan en la realidad social. Se hace la crítica a su pensamiento porque esta teoría desconsidera la importancia de la “*Constitución de papel*” en la reglamentación temporal de los factores del poder en la dialéctica evolutiva del derecho. Pero hay que reconocer la importancia de su análisis en la contribución a la idea de la Constitución para que no se justifique solamente por el derecho positivado.

Es característica del concepto sociológico entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de la realidad social.¹⁷

Tanto la construcción del concepto histórico tradicional, como el concepto sociológico frente a la tradición del normativismo kelseniano, proporcionaron otros pensamientos a los que podríamos denominar conceptos mixtos de Constitución. Varios pensadores van a incurrir en la teoría de la

¹⁵ Ibíd. Pág. 46.

¹⁶ LASSALLE, FERDINAND. “*A essência da Constituição*”. Coleção Estudos Políticos Constitucionais. Liber Júris. Rio de Janeiro. 1985. Pág. 19.

¹⁷ GARCÍA-PELAYO, MANUEL. “*Derecho constitucional comparado*”. Alianza Editorial. Madrid. 1984. Ob. Cit. Pág. 48.

Constitución buscando identificar elementos que mezclen la dogmática jurídica con aspectos del análisis sociológico.

Así se presentará, por ejemplo, la teoría de RUDOLF SMEND que defiende la idea de Constitución como ordenación jurídica del Estado responsable del proceso de integración de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida. Este proceso tiene como finalidad la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado; y, la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados del citado proceso.¹⁸

En este contexto, el período de entreguerras contribuiría en el continente europeo a una más elaborada visión de la Constitución como un conjunto de elementos que confieren unidad y hacen reconocible una institución. Al mismo tiempo les proporciona una individualidad y un dinamismo propios, lo que se pone de manifiesto con la teoría germánica de la integración jurídico-política y ofrece también expresiones de la persistente presencia de una dualidad ideal entre la Constitución “real” o “sustancial” y su plasmación formal.¹⁹

En la moderna teoría de la Constitución KARL LOEWENSTEIN afirma que para que un Estado sea constitucional debe tener una Constitución que puede ser escrita o basada en la costumbre, significando la regulación de las relaciones entre quienes ocupan el poder y los destinatarios de este poder, así como la respectiva interacción entre quienes ocupan el poder en la voluntad estatal.²⁰ Bajo esta perspectiva enumera los siguientes elementos fundamentales que debe contener una auténtica Constitución, conforme los apuntamos en resumen:

1. *La diferenciación de las diversas tareas estatales con asignación a diferentes órganos;*

¹⁸ Véase: SMEND, RUDOLF. “*Constitución y derecho constitucional*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985.

¹⁹ Véase: LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO. “*Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y orden jurídico*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

²⁰ LOEWENSTEIN, KARL. “*Teoría de la Constitución*”. Editorial Ariel. Barcelona. Caracas. México. 1979. Pág. 89.

2. *La cooperación de los detentadores del poder en forma de frenos y contrapesos;*
3. *Un mecanismo planeado para evitar los bloqueos entre los detentadores del poder y en el caso de no producirse la cooperación exigida por la Constitución, ellos no resuelvan el impasse sometiendo el proceso del poder a la dirección autocrática que mejor les conviniera;*
4. *Un método para la adaptación del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas, a través del método racional de la reforma constitucional;*
5. *Por último, contener un reconocimiento expreso de las esferas de autodeterminación individual y su protección frente a la intervención de los detentadores del poder.²¹*

Además de estas características que reconoce la doctrina mayoritaria, el fenómeno de situar la Constitución en un determinado espacio y tiempo no es simplemente una forma de rechazo al normativismo kelseniano que intentaba proponer el carácter científico a la aplicación de un concepto universal de Constitución, sino emprender un contenido coherente a la expresión que tiene ambigüedad y vaguedad caracterizando su significado.

KONRAD HESSE, inserto en la discusión de una Constitución *actual, individual y concreta*, entiende que la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad. Así, la Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se deben formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Además, contendrá los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad, deberá regular la organización y el

²¹ *Ibíd.* Pág. 153.

procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal creando las bases y determinando los principios del orden jurídico en su conjunto.²²

Sin embargo, la idea de Constitución conforme analiza KARL LOEWENSTEIN va a sufrir un desprecio ya que la democracia constitucional a mediados del siglo XX se encuentra en una crisis que se presenta en relación a dos principales problemas: el hecho de que la Constitución no será observada escrupulosamente por los detentadores del poder, pues ellos no actuarán siempre de la manera que beneficie a la ley fundamental del Estado; y, en consecuencia se producirá la indiferencia de la masa de los destinatarios del poder frente a la Constitución como actitud psicológica que puede conducir a una atrofia de la conciencia constitucional.²³

La decadencia de lo normativo, en la que se reconoce una interacción entre factores sociológicos e ideológicos, conduce a una crisis de la Constitución normativa, pues se creía todavía en Constituciones eternas e inmutables, pero la degeneración de la ley se manifiesta en que ésta, como expresión de voluntad soberana, puede tener cualquier contenido.²⁴

En cambio, especialmente tras la II Guerra Mundial la idea de Constitución sufrirá un fuerte embate frente a las discusiones del concepto valorativo de la Constitución.

En Alemania, tenida como máxima expresión de la jurisprudencia basada en valores subsumidos en los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal sostiene una comprensión de Constitución caracterizada por ser no formal, sino material. Así, la Constitución es entendida como una unidad material cuyo contenido es calificado como valores fundamentales, previos al ordenamiento positivo, que mediante las tradiciones de la democracia parlamentaria liberal representativa y la incorporación de nuevos

²² HESSE, KONRAD. *“Escritos de derecho constitucional”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Pág. 16.

²³ LOEWENSTEIN, KARL. *“Teoría de la Constitución”*. Editorial Ariel. Barcelona. Caracas. México. 1979. Ob. Cit. Pág. 222.

²⁴ Véase: KÄGI, WERNER. *“La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional”*. Dykinson. Madrid. 2005.

principios como en especial del Estado Social, han quedado unidos por las decisiones del constituyente en un orden de valores.²⁵

En España GARCÍA DE ENTERRÍA rechaza el concepto positivista de Constitución entendiendo que, por una parte, ordena los poderes del Estado, y por otra parte, 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. La Constitución como norma fundamental se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, debiéndose reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que la considera como norma jurídica efectiva y aplicable por sí misma.²⁶

Todos estos cambios nos hacen fijarnos en el grado de complejidad que supone afirmar la idea de Constitución como norma jurídica a partir de los múltiples contenidos que se le pueden atribuir. Por ello es obligado delimitar en qué sentido comprendemos esta idea, pues tal entendimiento es fundamental para concebir qué es la Constitución y cuál será el objeto del control de constitucionalidad a que nos referimos.

Por el momento debe tenerse en cuenta, en el actual contexto de la teoría constitucional, que es imperativo comprender la Constitución como aquella norma afirmadora de un Estado Democrático de Derecho conforme propone RUBIO LLORENTE en su concepto de Constitución como *“un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek*

²⁵ HESSE, KONRAD. *“Escritos de derecho constitucional”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983. Ob. Cit. Pág. 05.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1983. Ob. Cit. Págs. 49; 51.

aplica, con alguna inconsecuencia, a las Constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional".²⁷

El regreso de los valores en el derecho situándolo como un paradigma pos-positivista proporcionará, conforme informa MANUEL ARAGÓN REYES, la polémica doctrinal acerca de la contraposición entre Constitución como norma abierta y Constitución como sistema material de valores.²⁸

ARAGÓN REYES identifica que tanto en la Constitución "abierta" como en la Constitución "como sistema material de valores" se parte de una idea compartida sobre el carácter teleológico de la norma constitucional, en cuanto se la concibe orientada a la realización de uno o más principios que dotan de sentido a la estructura constitucional, pero suponen dos modos distintos de actuación que convendría determinar como un concepto de Constitución basado en la idea de democracia procedimental; y, democracia sustancial; donde para la primera la Constitución debe ser concebida como una norma abierta destinada a asegurar la libertad de todas las alternativas; y, para la segunda, la democracia no va a identificarse solo con el pluralismo, sino que reposa en una serie de valores que permitirá la realización de la Constitución.²⁹

Esta última concepción florece en Europa después de la II Guerra Mundial como reacción teórica frente al positivismo y como reacción práctica frente a las experiencias del nacional-socialismo y el fascismo, y concibe los

²⁷ RUBIO, LLORENTE, FRANCISCO. *"La Constitución como fuente del derecho"*. En: La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. Volumen I. Madrid. 1979. Pág. 61.

²⁸ ARAGÓN REYES, MANUEL. *"El control como elemento del concepto de Constitución"*. En: Política y Sociedad. Estudios en Homenaje a Francisco Murillo Ferrol. Volumen I. Centro de Investigaciones Sociológicas. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. Pág. 303.

²⁹ *Ibíd.* Pág. 307. En este apartado Manuel Aragón Reyes afirma que "(...) las dos posiciones enfrentadas se asientan en una idea común: su concepción de la Constitución democrática. A partir de ahí el resto son diferencias, aparentemente fuertes: para unos la democracia consiste en el reconocimiento y garantía del pluralismo político y, en consecuencia, la Constitución debe ser concebida como una <<norma abierta>> capaz de asegurar la libertad de todas las alternativas; para los otros, la democracia no puede identificarse sólo con el pluralismo, sino que descansa en una serie de valores (libertad, igualdad, participación, dignidad de la persona, etc.) sin los cuales la democracia resulta inconcebible e irrealizable y, por ello, la Constitución ha de ser una norma que exprese, y garantice, este <<sistema material de valores>>".

derechos fundamentales como núcleo sustancial de la Constitución. Este nuevo “*iusnaturalismo*” constitucional se manifestará a través de la doctrina norteamericana de la “*preferred position*” de las libertades de la primera enmienda, que se convertiría en el núcleo fundamental de la jurisprudencia del Tribunal *Warren* y de la tesis de la concepción valorativa de la Constitución.³⁰

En cambio, la doctrina de la Constitución abierta rechaza la indeterminación de los valores sustantivos y propugna una concepción de la Constitución como orden abierto que no impone determinados valores, sino que permite la libre realización de cualquiera de ellos. Esta tesis estará defendida en el campo del derecho constitucional principalmente por HÄBERLE y ELY como un intento de la teoría constitucional desnuda de la idea del *iusnaturalismo*, rechazando para ello la Constitución como sistema material de valores, y por consiguiente, tratando de abandonar los valores materiales y sustituirlos por valores procedimentales, pues la Constitución tendría como finalidad fijar las reglas procesales y no materiales de la democracia, asegurando que todas las opciones pueden desarrollarse en libertad.³¹

ARAGÓN REYES subraya que frente a la tesis de la Constitución abierta, cabe afirmar la dificultad de distinguir dos órdenes de valores: “*materiales*” y “*procedimentales*”, ya que los valores son siempre materiales, de lo contrario no poseen su condición de valor. Respecto a la tesis de Constitución como sistema de valores cabría la crítica que estaría reducida a dos valores: libertad e igualdad, pues lo restante está compartido entre principios y reglas; y, éstas sí pueden calificarse como materiales o estructurales. Pero al margen de las críticas, el autor reconoce en la Constitución un concepto finalista para la realización de la democracia.³²

Además de la comprensión de la Constitución como instrumento de realización de la democracia WERNER KÄGI aduce que el sentido de la Constitución normativa no radica sólo en la garantía de libertad frente al Estado, sino en la libertad en el Estado, y es esta idea de democracia junto con aquella de libertad la que otorga su impronta al Estado constitucional. La

³⁰ Ibíd. Págs. 307-308.

³¹ Ibíd. Pág. 309.

³² Ibíd. Pág. 315.

Constitución normativa es la expresión de un *ethos* estatal que toma en consideración al individuo, no solamente en su existencia libre frente al Estado, sino también en su existencia política como co-responsable y co-decisor, sin contemplarlo como un mero objeto de la política.³³

Abundando en la dificultad de reflexionar sobre el concepto de Constitución vemos como SANTIAGO NINO expresa que el concepto normativo bajo el cual la Constitución aparece como relevante es el que se refiere no a principios que establecen derechos, sino a procedimientos legítimos de toma de decisiones básicas en una unidad política que constituyen una estructura organizada del poder. De este modo, la Constitución establecería un procedimiento plausible para resolver pacíficamente conflictos y la democracia constitucional se instituiría no por el reconocimiento de derechos, sino porque el procedimiento democrático está dado por reglas de juego legítimas incorporadas a la Constitución aportando el marco común de convivencia.³⁴

Buscamos ensayar la difícil tarea de una trayectoria de la comprensión constitucional y aparte de las críticas de que la teoría constitucional es objeto de la dogmática constitucional y no del análisis político-jurídico (por esto tendría que suponer un análisis estrictamente jurídico), entendemos imperativo seguir el camino de la comprensión del fundamento constitucional desde los fundamentos político-liberales, exactamente porque ellos todavía emergen en la definición de la Constitución para la mayoría de los autores.³⁵

³³ KÄGI, WERNER. *“La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional”*. Dykinson. Madrid. 2005. Ob. Cit. Págs. 87-88.

³⁴ SANTIAGO NINO, CARLOS. *“Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”*. Astrea. Buenos Aires. 1992. Pág. 36.

³⁵ Sin embargo, la teoría constitucional no se desarrolló de un modo sistemático con el carácter de la lógica cartesiana, por esto en el presente ensayo nos interesó el análisis de las principales influencias occidentales en la idea de la Constitución a partir del período moderno de su comprensión. Para los antecedentes más remotos de la idea constitucional véase HOWARD MACILWAIN, CHARLES. *“Constitucionalismo antiguo y moderno”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

En este sentido, ARAGÓN REYES relata que, tras la decadencia del concepto normativo kelseniano de Constitución, parece que hoy vuelve gran parte de la doctrina al concepto originario del liberalismo, y, por esto, el autor sigue conceptualizando que *“la Constitución es la norma fundamental que establece la delimitación del ámbito de las libertades de los individuos y de las competencias de los órganos del Estado, bien entendido que la delimitación del ámbito de las libertades ha de significar su garantía y la de las competencias estatales su limitación (...). La gloria del Estado sólo es posible con la libertad política de los ciudadanos”*.³⁶

Sin embargo, a pesar de la gran adhesión al concepto liberal de Constitución en Europa y en Norteamérica, nos gustaría hacer unas breves reflexiones sobre el aspecto problemático que coloca debajo de este entendimiento, especialmente a los países de desarrollo tardío como es el caso de Brasil, en donde está en el mismo nivel de importancia las ideas de Estado Social y Estado Liberal para la formación del Estado constitucional como Estado Democrático de Derecho.³⁷

Sin entrar en las teorías de la democracia (pues de momento su análisis no es el objeto del presente trabajo, sino establecer un concepto de Constitución) nos importa decir que solamente la preservación de la libertad de los ciudadanos, en países como Brasil, no posibilitará una libertad de hecho, pues para el desarrollo de las libertades hace falta una serie de circunstancias del desarrollo humano que están vinculadas a la idea del Estado Social.³⁸

De hecho, no se puede pensar simplemente en la idea del individuo frente al Estado sino, como informa WERNER KÄGI, su existencia política como co-responsable y co-decisor, sin contemplarlo como un mero objeto de la

³⁶ ARAGÓN REYES, MANUEL. *“Estudios de derecho constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Pág. 93.

³⁷ Sobre el tema del Estado Social véase: GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL (dir.). *“El constitucionalismo en la crisis del Estado Social”*. Universidad del País Vasco Servicio Editorial. Bilbao. 1997.

³⁸ Para un análisis de las teorías democráticas véase: GARGARELLA, ROBERTO. *“Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política”*. Paidós. Barcelona. 1999; y, SABINE, GEORGE. *“Historia de la teoría política”*. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 1965.

política.³⁹ Especialmente porque para el ejercicio de las libertades constitucionales hacen falta condiciones de un mínimo existencial (caracterizado por los derechos de morada digna, salud, trabajo, educación, etc., que todavía son escasos en los países no desarrollados) sin el cual ningún derecho de libertad podrá existir.

Además, la Constitución ya no sirve solamente para establecer las armónicas relaciones entre gobernantes y gobernados, pues en ella se encuentra también la esfera de protección a los derechos fundamentales frente a los particulares, como por ejemplo, la protección del derecho del medio ambiente frente a las violaciones económicas de empresas de capital privado.

Tras todo lo expuesto, proponemos el siguiente concepto de Constitución: ***“La Constitución es la norma jurídica fundamental de un Estado democrático de derecho, ordenadora de la estructura política del país e instrumento de realización de los derechos para el desarrollo humano, en cuanto aseguradora de los derechos de libertad y de los derechos sociales, difusos y colectivos de la sociedad, a través del establecimiento de un procedimiento democrático de toma de decisiones que le concederá legitimidad”***.

El guardián de la justicia constitucional en el Estado Social y Democrático de Derecho es el Poder Judicial el cual hará valer las premisas contenidas en la Constitución.

ÁLVAREZ CONDE destaca que en esta tarea la posición constitucional del Poder Judicial responde a las siguientes premisas:

- 1) *Indudablemente, el planteamiento teórico de Montesquieu y el de los revolucionarios franceses difícilmente puede ser aceptado hoy día. Ello no supone una proclamación de la soberanía judicial sobre la parlamentaria, una especie de “gobierno de jueces”, sino que el Poder Judicial, como los demás poderes*

³⁹ KÄGI, WERNER. *“La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional”*. Dykinson. Madrid. 2005. Ob. Cit. Págs. 87-88.

- del Estado, está subordinado al imperio de la ley concebida ésta como expresión de la voluntad popular;*
- 2) *Por otra parte, el Poder Judicial, como los demás poderes del Estado, debe estar sujeto a un control democrático. Es decir, hay que hacer realidad la afirmación de que “la justicia emana del pueblo”, y que no se trata de un atributo de una serie de profesionales, los Jueces y Magistrados, exentos de todo control;*
- 3) *Ello, nos lleva a la consideración de que el Poder Judicial no es una especie de torre de marfil aislada de la sociedad, sino que debe realizar los valores democráticos sobre los que dicha sociedad se asienta, procurando una transformación de la misma, aunque sin vulnerar el principio de legalidad al cual se encuentra sometido. Consecuencia de ello será la función atribuida al Poder Judicial para controlar determinados actos del Poder Ejecutivo, función que se inicia a través del control judicial de la Administración, e incluso del Poder Legislativo, a través de su participación en el control de constitucionalidad de las leyes.⁴⁰*

1.2. LOS ORÍGENES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN NORTEAMÉRICA.

El control jurisdiccional de constitucionalidad surge en Norteamérica al mismo tiempo que el proceso de creación del Estado Federal y estando

⁴⁰ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. “El régimen político español”. Tecnos. Madrid. 1990. Págs. 502-503.

sometido a los ideales de LOCKE referentes al contrato social que culminarán, por cuestiones de oportunidad política y razonamiento jurídico, en la idea de supremacía constitucional posibilitando la creación de un control jurisdiccional de constitucionalidad.⁴¹

Para comprender los orígenes de esta modalidad de control examinaremos la coyuntura política que llevó a la creación del Estado Federal y el espacio que ocupó el control de constitucionalidad en dicho proceso. Posteriormente nos ocuparemos de analizar cómo fue construida la teoría de la *judicial review* que culminará en su máxima expresión en la decisión del juez MARSHALL, de 1803.⁴²

El Estado Federal que surge en Norteamérica tiene como pilar la idea de soberanía popular, que implicaría una noción de la Constitución como pacto y se impondría sobre los poderes constituidos tanto de la Federación como de los Estados miembros.⁴³

PEGORARO subraya que de forma diferente a Inglaterra, la cual abandonó de pronto la doctrina de Coke, en Estados Unidos James Otis y John Adams utilizaron esta doctrina para conferir aspecto jurídico a las reivindicaciones independentistas de las colonias americanas respecto a la madre patria defendiendo que una ley contraria a la Constitución es nula.⁴⁴

A partir de la ruptura con Gran Bretaña se pasó a fundamentar el origen de cualquier autoridad pública en la existencia de ciertos derechos

⁴¹ Véase: LOCKE, JOHN. *“Ensayo sobre el gobierno civil”*. Ed. Orbis. Barcelona. 1985.

⁴² Véase: HAMILTON, ALEXANDER.; MADISON, JAMES. *“El federalista”*. Fondo de Cultura Económica. México. 1957. El Federalista N° 10.

⁴³ OLIVIER BEAUD observa la particularidad del modelo norteamericano expresado en los siguientes términos: *“(…) la particularité de la justice constitutionnelle est de se dédoubler dans une structure fédéral: d’un côté, le contrôle de constitutionnalité porte sur les actes de l’État fédéral, et de l’autre, il porte également sur les actes des États fédérés, des États membres. La thèse proprement dite de Justice Holmes consiste à dire qu’il y a non seulement une dualité de contrôle, mais aussi une dualité hiérarchisée: pour la survie de l’ensemble, de la Fédération, le second contrôle est plus important que le premier”*. BEUAD, OLIVIER. *“De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral”*. En: *La Notion de Justice Constitutionnelle*. Dalloz. Paris. 2005. Pág. 53.

⁴⁴ PEGORARO, LUCIO. *“La justicia constitucional. Una perspectiva comparada”*. Dykinson. Madrid. 2004. Pág. 32.

inherentes a las personas, donde los individuos aislados deciden asociarse y crear la comunidad por consenso, delegando parte de su soberanía en los órganos constituidos que ejercen un poder limitado y dividido destinado a proporcionar la felicidad en la comunidad, conforme se identifica en la teoría de LOCKE.⁴⁵

La nueva organización territorial atribuía a los órganos de la Unión el poder de actuar sobre los Estados miembros y también sobre los individuos justificando su legitimidad a través de la titularidad del pueblo, como único titular de la soberanía, quien delegaría esta autoridad a la nueva organización federativa para la ordenación del Estado que se iba a construir.

Entre los colonos americanos estaba arraigado el convencimiento de que el Estado se apoya sobre un “*covenant*”: un contrato de sociedad, que desde los tiempos del contrato de “*plantation*”, estipulado por Pilgrim Fathers a bordo del *Mayflower*, a los Estados y caracteriza los rasgos de las modernas Constituciones. Las Constituciones de las trece colonias, convertidas en Estados independientes, eran de carácter rígido y algunas de ellas regulaban institutos similares a los modernos tribunales constitucionales, como por ejemplo las Constituciones de Pennsylvania, Vermont y Nueva York, de tal modo que durante la Asamblea constituyente de Filadelfia tanto los partidarios de la Carta Federal como los que la rechazaban hablaban abiertamente de la “*judicial review of legislation*”, en la medida en que la idea que los entes jurisdiccionales pudieron ser órganos de control de la constitucionalidad de las leyes formaba parte de su patrimonio cultural y político común.⁴⁶

BERNARD BAILYN aduce que la idea de soberanía se vinculaba a la soberanía del pueblo, y, a pesar de que no fuera esencial compartir competencias, estaba en el seno del pensamiento de los fundadores que sería conveniente dividir y distribuir los atributos de la soberanía gubernamental entre diferentes niveles de instituciones para la mejor conservación de esta autoridad.⁴⁷

⁴⁵ Véase: LOCKE, JOHN. “*Ensayo sobre el gobierno civil*”. Ed. Orbis. Barcelona. Ob. Cit. 1985.

⁴⁶ PEGORARO, LUCIO. “*La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*”. Dykinson. Madrid. 2004. Ob. Cit. Pág. 32.

⁴⁷ El autor se refiere a la forma compartida de soberanía que motivará la formación del Estado Federal reconociendo que la creencia en la soberanía del pueblo como expresión de la

Otra concepción importante que contribuiría a la formación del sistema federal de organización se refería a la creación de un gobierno que alejase los peligros referentes a la idea de sospechosa legalidad en la monarquía, la representación de intereses personales por los gobiernos oficiales, y, la tiranía de la mayoría, según apunta SUNSTEIN.⁴⁸

El autor sigue informando que la Revolución Americana se puso frente a la organización monárquica negando sus fundamentos y partiendo de una base de racionalidad, pues los fundadores de la nueva Norteamérica se cuestionaban la legalidad de la Monarquía, debido a que eran conocedores del peligro que suponía la posibilidad de que los gobernantes pudieran actuar en sus propios intereses sin considerar la mayoría en su totalidad.⁴⁹

Además de las convicciones sobre la idea de soberanía en el pueblo, la negación de la forma monárquica de organización del Estado y el riesgo de que se sobrepusiesen a la voluntad del pueblo los intereses propios de los gobernantes, existía todavía, la preocupación expresada por JAMES MADISON en el Federalista acerca de un sistema nacional de representación que proporcionaría un debate público que reflejase el verdadero interés de la población configurándose como un gobierno deliberativo.⁵⁰

SUNSTEIN afirma que, en las aspiraciones a un gobierno deliberativo los fundadores modernizaron la ciencia clásica republicana de la virtud cívica, entendiéndola a partir del consenso general de la comunidad en

soberanía gubernamental es engañosa, pero contribuyó para la formación del sistema federal de organización, expresándose en los siguientes términos: "(...) *In its place had come the sense, premised on the assumption that the ultimate sovereignty – ultimate yet still real and effective – rested with the people, that it was not only conceivable but in certain circumstances salutary to divide and distribute the attributes of governmental sovereignty among different levels of institutions*". BAILYN, BERNARD. "The ideological origins of the American Revolution". The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London. 1992. Pág. 228.

⁴⁸ SUNSTEIN, CASS R. "The partial Constitution". Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts. London. 1997. Pág. 18.

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 19.

⁵⁰ Véase: HAMILTON, ALEXANDER.; MADISON, JAMES. "El federalista". Fondo de Cultura Económica. México. 1957. El Federalista N° 10. Ob. Cit.

lugar de considerarla de la forma clásica en que podría convertirse en expresión de intereses propios o de las facciones.⁵¹

De este modo las instituciones resultantes de la Constitución deberían estar radicadas en el proceso deliberativo, en el que el sistema de frenos y contrapesos posibilitaría la discusión entre las diferentes entidades gubernamentales, y por esto, se justificaría la organización bicameral y la asignatura o veto del presidente como formas de diálogo entre los Estados y el Gobierno nacional.⁵²

Todas estas ideas fueron debatidas a lo largo de la historia de la formación política en Norteamérica en sus varias Convenciones. Cuando la Convención de Filadelfia discutió sobre la necesidad de garantizar el cumplimiento de todos estos ideales, muchos delegados eran conscientes de que estas garantías no eran suficientes para asegurar la permanencia de la Constitución ni el cumplimiento del derecho federal frente a las posibles tendencias disgregadoras de los Estados.⁵³

En razón de ello, convendría dotar de fuerza al control de constitucionalidad para asegurar la supremacía de la Constitución, especialmente por el hecho de que durante la elaboración de la Constitución, algunos jueces de los Estados habían declarado contrarias a sus

⁵¹ SUNSTEIN, CASS R. *"The partial Constitution"*. Harvard University Press. Cambridge. Massachusettes. London. 1997. Ob. Cit. Pág. 22.

⁵² *Ibíd.* Pág. 23. SUNSTEIN afirma que la idea de gobierno deliberativo y gobierno limitado formaban una misma concepción y relató la importancia de este proceso deliberativo en los siguientes términos: *"The basic institutions of the resulting Constitution were intended to encourage and to profit from deliberation, tus understood. The system of checks and balances – the conerstore of the system – was designed to encourage discussion among different governmental entities. So too with the requirement of bicameralism, which would bring different perspectives to bear on lawmaking. The same goals accounted for the notion that laws should be presented to the President for his signature or veto; this mechanism would provide an additional perspective. The federal system would ensure a supplemental form of dialogue, here between states and the national government"*.

⁵³ BIGLINO CAMPOS, PALOMA. *"En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano"*. En: La Democracia Constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Congreso de los Diputados. Tribunal Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Fundación Ortega y Gasset. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Pág. 1161.

Constituciones leyes de sus Asambleas Legislativas. Fue así como la Convención decidió dejar de lado las propuestas que propugnaban el control político de la Federación sobre los Estados miembros para confiar a los jueces estatales la garantía de la Constitución y del derecho federal.⁵⁴

ACOSTA SÁNCHEZ analiza que el control judicial de constitucionalidad en Norteamérica tuvo por objeto, más que actuar en beneficio de la supremacía constitucional, el interés en permitir la consolidación del Estado Federal. El hecho de que el Tribunal Supremo anulase sólo leyes federales en sus primeros setenta y cinco años parece demostrar que la Constitución se dirigía en principio (más que a su protección como norma) a la defensa del nuevo Estado frente a los Estados preexistentes, o sea, a la finalidad de la construcción nacional.⁵⁵

En el período previo a la Constitución federal la “*judicial review*” demostraba debilidad, relacionada con la escasa fuerza de la cuestión en los debates constituyentes de 1787. ACOSTA SÁNCHEZ analiza esta coyuntura para reflexionar que era innegable la correlación entre la interpretación de la ley por el juez y la capacidad de éste para anular la misma en el sistema de la “*common law*”, pero el hecho es que el control de constitucionalidad no operó de forma relevante antes de la Constitución federal, haciéndose necesario para ello las condiciones políticas del Estado Federal que aportarían las nuevas bases jurídicas del Tribunal Supremo.⁵⁶

Sin embargo, además del proceso de formación federal que influía en las consideraciones políticas para la afirmación de la “*judicial review*”, también el activismo judicial desarrollado en las pacificaciones de los conflictos individuales permitieron a los fundadores norteamericanos comprender la actividad del poder judicial como apta para el resguardo de los derechos de los ciudadanos y la defensa de la Constitución.

Se observa que tras la independencia de los Estados Unidos, los nuevos ciudadanos norteamericanos eran deudores en razón de los gastos con la guerra, y por ello, empezaron a presionar a las legislaturas locales por las

⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 1162.

⁵⁵ ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. “*Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. Pág. 95.

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 99.

emisiones de papel moneda de curso forzoso que llevó a demostrar la arbitrariedad de las legislaturas locales adhiriéndose a las peticiones de las Asambleas locales.⁵⁷

El rumbo que sigue la actuación de las legislaturas locales reflejando el tendencialismo en las tomas de decisión se contraponen con los ideales que MADISON proponía a la sociedad como forma de legitimación del gobierno democrático, pues representaban exactamente el riesgo de los comportamientos facciosos que se pretendía evitar.

MADISON se concentró en proponer remedios institucionales para afrontar el peligro de las facciones partiendo de la idea de frenos y contrapesos que explicaría la organización estructurada en la capacidad de cada Cámara para vetar decisiones de la otra y para sobrepasar el veto del ejecutivo por medio de un procedimiento especial. Además, sería en el ejercicio de ese mutuo control discutido por MADISON que la *“judicial review”* ocuparía un lugar destacado en la discusión de la Convención Constituyente pues los jueces frenarían las Asambleas Legislativas y estarían en la mejor posición para lograr este control de constitucionalidad, ya que los mantendrían aislados del proceso electoral.⁵⁸

A pesar de la tímida actuación de la *“judicial review”* anteriormente a este período, la consagración del sistema de control de constitucionalidad en Norteamérica ocurrirá con la decisión del juez JOHN MARSHALL, en 1803, en el caso *marbury v. madison*.

ACOSTA SÁNCHEZ analiza que JOHN MARSHALL fue nombrado presidente del Tribunal Supremo por el Presidente ADAMS, cuando el partido de ambos, el Federalista, había perdido las elecciones de 1800, y en razón de ello le interesaba poner como dirigente de la magistratura federal a un sucesor capaz de asegurar la obra reconocida en la Convención de Filadelfia. Se trató, pues, de una operación política que tendía a consolidar el control de los

⁵⁷ GARGARELLA, ROBERTO. *“La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial”*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1996. Págs. 18-22.

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 39.

federalistas sobre el Tribunal Supremo, puesto que habían perdido el control del Ejecutivo y del Legislativo.⁵⁹

En el caso *“marbury v. madison”* se discutían los actos de la transición política cuando, tras las elecciones de 1800, el secretario de Estado, MADISON, tomó posesión de su cargo y encontró designaciones de jueces firmadas por el anterior gobierno, que fueron retenidas por orden del nuevo Presidente JEFFERSON y que afectó a WILLIAN MARBURY. Éste recurrió al Tribunal Supremo solicitando el *“writ of mandamus”* (mandato de comparecencia) para obligar a MADISON a dar efectividad a los nombramientos paralizados. Los federalistas estaban seguros de que con MARSHALL representándolos se expedirían los nombramientos paralizados. Sin embargo, la petición fue denegada.⁶⁰

LAURENCE TRIBE analiza que este fue el primer caso en el cual la Corte Suprema se posicionó absteniéndose de dar efecto a una legislación del Congreso, con la alegación de que sería inconsistente con la interpretación de la Corte. A pesar de ello, MARSHALL, que retoma las discusiones de HAMILTON en el Federalista, afirmó la doctrina de la supremacía de la Constitución contribuyendo para la afirmación conclusiva del control jurisdiccional de constitucionalidad.⁶¹

Las razones que llevaron al juez JOHN MARSHALL a denegar la petición de sus partidarios, a pesar de que era aparentemente contradictoria, no fue una negativa de sus ideales federalistas frente a los republicanos, sino un intento de mantener su poder en la Suprema Corte con fines de consolidar el Estado que se había formado, conforme nos informa TRIBE, lo que de hecho así ocurrió.⁶²

⁵⁹ ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. *“Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional”*. Tecnos. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 115.

⁶⁰ PEGORARO, LUCIO. *“Lineamenti di giustizia costituzionale comparata”*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1998. Pág. 21.

⁶¹ TRIBE, LAURENCE H. *“American constitutional law”*. Volume One. New Cork. Foundation Press. 2000. Pág. 207.

⁶² TRIBE analiza la tomada de decisión del juez Marshall en los siguientes términos: *“(…) No doubt Marshall had a personal interest in increasing his own power. No doubt also, Marshall’s politics were relevant: judicial review provided Federalist judges like Marshall with a means of checking whatever excesses might result from Jefferson’s triumph in the ‘Revolution of 1800’.*

En la fundamentación del caso “*marbury v. madison*” fueron reiteradas las reflexiones federalistas sobre la supremacía de la Constitución resumiéndolas en los siguientes presupuestos: la Constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarios; la ley contraria a la Constitución no es ley; una ley nula no es una ley válida; si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad.⁶³

La construcción de los argumentos expuestos por MARSHALL fue de gran importancia para la afirmación del control jurisdiccional de constitucionalidad y estaría en el pilar de su fundamentación la idea de supremacía constitucional que pasaremos a analizar en el próximo apartado.

1.3. EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN NORTEAMÉRICA.

Hemos señalado que el concepto de Constitución y el contexto en que se desarrolla el control de constitucionalidad en Norteamérica están influenciados por las ideas del derecho natural tributarias de LOCKE; de este mismo modo se comprenderá el principio de supremacía de la Constitución en los Estados Unidos.

El precedente de la doctrina de la supremacía constitucional estaría atribuido a EDUARD COKE cuando al sentenciar en el caso del doctor “*Bonham*” afirmó que provenía de las reglas en Inglaterra, que en muchos casos el “*common law*” limitaría las leyes del Parlamento y algunas veces impondría su invalidez total. La doctrina se formulará nítidamente en el

Perhaps more significantly, Marshall decided Marbury at a time when the idea that legislatures would ignore principle in order to please controlling ‘factions’ was widely shared but the idea that courts were similarly political was not yet current”. Ibíd. Pág. 212.

⁶³ NINO, SANTIAGO. “*Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*”. Astrea. Buenos Aires. 1992. Ob. Cit. Pág. 664.

“*Agreement of the people*”, de 1647, y en el “*Instrumente of Government*”, de 1963.⁶⁴

GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda que en Norteamérica la idea de un derecho fundamental se concebía como expresión del pensamiento del derecho natural, superior al derecho positivo e inderogable por éste. La declaración de independencia obtiene de estas ideas la consecuencia de la ruptura de los lazos de dependencia con el Rey inglés y el derecho a la soberanía y al autogobierno.⁶⁵

ARAGÓN REYES insiste en que a medida que progresa el enfrentamiento con Inglaterra se abandona el razonamiento de COKE, que incluso ya había cedido a la idea de soberanía del Parlamento de BLACKSTONE, y emergen las teorías “*iusnaturalistas*” del pacto social negando la competencia de la corona inglesa sobre las colonias en virtud de los derechos fundamentales del pueblo americano.⁶⁶

La justificación de la nueva organización social adquiere legitimidad jurídico-política racionalista, pues ya no se apela al “*common law*”, a los derechos de los súbditos británicos o a las franquicias de la Constitución inglesa, sino exclusivamente a las leyes naturales.⁶⁷

La argumentación en favor del control jurisdiccional de constitucionalidad tendrá en Norteamérica su formulación clásica en el Federalista nº 78, expresada por ALEXANDER HAMILTON en la idea del reparto de funciones entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Se entendía como función del poder ejecutivo la defensa de la sociedad y la ejecución de las leyes; al poder legislativo le correspondía ejercer el control sobre el dinero público y establecer las reglas que ordenarían los derechos y deberes de la comunidad y del Estado; y al poder judicial se encargaría la tarea

⁶⁴ BERGALLI, ROBERTO. “*Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*”. Depalma. Buenos Aires. 1984. Pág. 27.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1983. Ob. Cit. Pág. 52.

⁶⁶ ARAGÓN REYES, MANUEL. “*Estudios de derecho constitucional*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 96.

⁶⁷ GARCÍA-PELAYO, MANUEL. “*Derecho constitucional comparado*”. Alianza Editorial. 1984. Ob. Cit. Pág. 331.

de proteger la sociedad y el Estado frente a las usurpaciones de poder por parte del ejecutivo y del legislativo.⁶⁸

Esta formulación será sostenida por MARSHALL en el caso “*marbury v. madison*” y planteada en las siguientes premisas:

1. *El deber del poder judicial es aplicar la ley;*
2. *Cuando hay dos leyes contradictorias, la solución será aplicar una desechando la otra;*
3. *La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley;*
4. *La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida;*
5. *La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso;*
6. *El Congreso está limitado por la Constitución;*
7. *Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria;*
8. *Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el poder judicial.*⁶⁹

KOENRAAD LEAERTS analiza que estos argumentos de MARSHALL, quien pretendía basar el poder judicial de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes en el texto de la Constitución

⁶⁸ Véase: HAMILTON, ALEXANDER.; MADISON, JAMES. “*El federalista*”. Fondo de Cultura Económica. México. 1957. Ob. Cit. El Federalista N° 78.

⁶⁹ SANTIAGO NINO, CARLOS. “*Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*”. En: Cuadernos y Debates. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pág. 100.

federal, no se revelaban convincentes para justificar el control de los actos del legislador por el juez. Sin embargo, observando los argumentos del juez GIBSON (miembro de la Corte Suprema del Estado de Pennsylvania) que no estaba de acuerdo con el control jurisdiccional de constitucionalidad, él subraya que la cuestión no debería plantearse acerca del control de la primacía de la Constitución sobre el derecho federal, sino que la verdadera cuestión sería saber si el poder judicial tendría competencia exclusiva para imponer su decisión.⁷⁰

La idea de que el control jurisdiccional de constitucionalidad sería una consecuencia lógica de la supremacía constitucional también encuentra resistencia en el pensamiento de SANTIAGO NINO, quien afirma que el razonamiento de MARSHALL en lo que se refiere al reconocimiento de la supremacía de la Constitución parece plenamente válido, pero aduce que lo que se va a llamar “*lógica de MARSHALL*” no es tan sólido para justificar el ejercicio del control por el poder judicial.⁷¹

El autor, reflexionando acerca del tema, entiende que el hecho de que una norma no sea “*ley*” de acuerdo a lo que establece la Constitución no quiere decir que esta norma no pueda ser obligatoria, siguiendo tal vez las cláusulas tácitas justificadas por KELSEN, pero contingentes, de la misma Constitución. Y así como MARSHALL admitiría que éste es el caso cuando la Corte Suprema, incorrectamente, la ha declarado constitucional o antes de que la haya declarado inconstitucional, estas cláusulas tácitas de la misma

⁷⁰ LENAERTS, KOENRAAD. *“Le juge et la Constitution aux États-Unis d’amérique et dans l’ordre juridique européen”*. Ed. Bruylant. Bruxelles. 1988. Págs. 20-25. El autor articula las siguientes reflexiones: *“L’argument consistant à fonder sur le texte de la Constitution fédéral le pouvoir du juge de contrôler la constitutionnalité des lois ne s’est pas révélé convaincant... (..) Gibson a placé le débat dans une perspective plus correcte que ne l’avait fait Marshall. Il ne s’agit pas, en effet, de la question de décider si la Constitution fédéral prime la législation ordinaire. La véritable question est de savoir si le pouvoir judiciaire a la compétence exclusive, dans chaque hypothèse de conflit, de juger de la primauté de la Constitution fédéral et d’imposer sa conception”*.

⁷¹ SANTIAGO NINO, CARLOS. *“Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”*. En: Cuadernos y Debates. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Ob. Cit. Pág. 100.

Constitución podrían establecer que los jueces y la Corte están obligados a aplicar la ley en cuestión si no es derogada por el órgano que la dictó o declarada inconstitucional por otro órgano político.⁷²

SANTIAGO NINO concluye que no es cierto que un sistema que no cuente con un control judicial de constitucionalidad constituya una imposibilidad lógica o excluya la supremacía de la Constitución. Por esto, carecerían de sustento para afirmar la utilidad del control jurisdiccional de constitucionalidad con base en la idea de supremacía de la Constitución los argumentos de MARSHALL acerca de la invalidez de una ley dictada por el Congreso por estar en conflicto con la Constitución, bien como, la suposición de que la ley ordinaria contraria a la Constitución cuando fuera considerada como válida implicaría la modificación de la Constitución.⁷³

Sin embargo, SANTIAGO NINO afirma que en la Constitución democrática la necesidad de razonamiento justificatorio de la decisión de un juez a partir de los principios en que se sostiene la Constitución conduce al control de constitucionalidad como lógicamente inevitable, y por ello, toda decisión judicial supone ejercer un control de constitucionalidad.⁷⁴

A pesar de los cuestionamientos acerca de la competencia del poder judicial para verificar la compatibilidad de las leyes haciendo imperar la supremacía de la Constitución, es cierto que la influencia de la doctrina americana acerca de la “*judicial review*” solidificó en la corriente mayoritaria la defensa de la Constitución por medio de la actuación del poder judicial.

GARCÍA DE ENTERRÍA relata que la Constitución federal, de 1787, incluirá en su artículo VI, Sección 2, la cláusula básica que proclama a la Constitución como “*The supreme law of the land*”, declarando la vinculación directa de los jueces con ella. Con la idea de que todos están vinculados a la Constitución federal, no obstante cualquier disposición en contra de las Constituciones o de las leyes de los Estados miembros, se expresa la doctrina

⁷² Ibíd. Pág. 106.

⁷³ Idem. Pág. 107.

⁷⁴ SANTIAGO NINO, CARLOS. “*Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*”. Astrea. Buenos Aires. 1992. Ob. Cit. Pág. 681.

de la supremacía constitucional obligando a los jueces a aplicar solamente las leyes que están en conformidad con la Constitución.⁷⁵

En 1795, el Tribunal Supremo establecerá ya de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél la autoridad del Parlamento es trascendente y no tiene límites. En contraste, en Norteamérica la Constitución contiene la voluntad permanente del pueblo y es el derecho supremo de la tierra demostrándose superior al poder del legislativo.⁷⁶

La idea de supremacía constitucional observará un perfeccionamiento en su sentido, así como también se apreció la modificación en el concepto de Constitución. Hemos propuesto un concepto de Constitución en el cual es necesario tener en cuenta que, de inicio, la naturaleza de la Constitución era política y con el desarrollo de la teoría constitucional adquiere la naturaleza jurídica entendiéndola como norma exigible. La traslación de esta concepción acompaña también un cambio en la idea simple de supremacía de la Constitución.

Advierte ARAGÓN REYES que la supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, por cuanto es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales para la perpetuación de la forma política; y, la supralegalidad es la garantía jurídica de la supremacía en tal sentido, que toda Constitución tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad, pues la pretensión de legitimidad que la supremacía encierra sólo puede hacerse real y efectiva a través de la supralegalidad.⁷⁷

El requisito de supralegalidad es el presupuesto jurídico acerca de la existencia de una fuente de producción distinta para la Constitución que para la ley ordinaria, demostrando la distinción entre poder constituyente y poder constituido.⁷⁸

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1983. Ob. Cit. Pág. 54.

⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 54.

⁷⁷ ARAGÓN REYES, MANUEL. *“Estudios de derecho constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 99.

⁷⁸ *Ibíd.* Págs. 100-103.

A pesar de estas diferencias conceptuales, cierto es que la Constitución norteamericana, de 1787, firmó la “*supremacy clause*” resguardando los ideales dirigidos a prevenir la tiranía de la mayoría y a evitar que los poderes de decisión política adoptasen formas y contenidos arbitrarios.⁷⁹ Esta tarea, como advertimos en principio, fue autorizada al poder judicial, por razones de oportunidad política y jurídica, que van a evidenciar que los jueces se encuentran en la mejor posición para equilibrar a los demás poderes, y todavía, ejercen en su actividad justificadora, el control de constitucionalidad como consecuencia de la protección de los principios constitucionales.

1.4. EL SURGIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA.

La jurisdicción constitucional en Europa surge con la creación del Tribunal Constitucional austriaco definido por HANS KELSEN. Sin embargo, para comprender los matices de la actividad jurisdiccional del control de constitucionalidad en Europa es obligada la tarea de analizar los orígenes del movimiento constitucionalista en Francia, que a pesar de adoptar actualmente un control político de constitucionalidad, influenció los ideales políticos y jurídicos que determinarán las características del control jurisdiccional de constitucionalidad en los demás países europeos.

Nos interesará verificar la coyuntura que propició en Francia las discusiones acerca de la necesidad del establecimiento de una Constitución que muestra una herencia europea en torno al concepto absoluto de ley y estricta separación de poderes. A continuación verificaremos el desarrollo de la jurisdicción constitucional en el período de entreguerras y tras la II Guerra

⁷⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*”. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004. Pág. 03.

Mundial, ocasión en que se va a consolidar la jurisdicción constitucional en Europa.

JELLINEK recuerda que las teorías políticas de la época moderna concebían al Estado como una unidad. Así lo concibió la teoría de HOBBS, que consideraba al Estado como una personalidad unitaria que no podía ser limitada por ninguna otra voluntad, pues, al derivar de los individuos, tenía un poder superior. Asimismo, ROUSSEAU concebía al Estado como una unidad, pero reconocía límites al poder del Estado como dependiente de la voluntad común y soberana del pueblo.⁸⁰

La Revolución Francesa buscará estos ideales del Estado Moderno y no significará solamente una lucha para cambiar el Antiguo Régimen, sino que pretenderá abolir la antigua forma de la sociedad. Por ello, la Revolución atacará todos los poderes existentes, romperá con las tradiciones de la Monarquía absoluta y se incurrirá en un cierto anarquismo.⁸¹

HAURIOU afirma que la historia del movimiento constitucional prueba que éste es una aspiración hacia la libertad. En los primeros meses de la Revolución Francesa se decretó la supresión de los privilegios feudales y señoriales, así como el establecimiento de la nueva Constitución, sin encontrar resistencia seria en los privilegiados ni en el gobierno. En la Revolución de 1789, el poder constituyente fue asumido por los Estados Generales y transformados en Asamblea Constituyente.⁸²

Analizando la esencia del pensamiento europeo que era la base del movimiento constitucional, HAURIOU relata que la libertad de los ciudadanos

⁸⁰ JELLINEK, G. *“Teoría general del Estado”*. Tomo Primero. Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1914. Pág. 414.

⁸¹ TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. *“L’ancien régime et la révolution”*. Calmann Lévy Éditeur. Paris. 1887. Pág. 11. En este apartado el autor va a demostrar el sentimiento revolucionario en Francia: *“Comme la Révolution française n’a pas eu seulement pour objet de changer un gouvernement ancien, mais d’abolir la forme ancienne de la société, elle a dû s’attaquer à la fois à tous les pouvoirs établis, ruiner toutes les influences reconnues, effacer les traditions, renouveler les mœurs et les usages, et vider en quelque sorte l’esprit humain de toutes les idées sur lesquelles s’étaient fondés jusque-là le respect et l’obéissance. De là son caractère si singulièrement anarchique”*.

⁸² HAURIOU, MAURICE. *“Principios de derecho público y constitucional”*. Editorial Reus S.A. Madrid. 1927. Pág. 16.

colabora con el poder de los fundadores primeramente aspirando a una Constitución; después, adhiriéndose a la Constitución hecha, formalmente por un referéndum (ya tácitamente aceptada por un orden racional natural). Las ideas de libertad, de determinación del Estado y del régimen político, sirven de lazo a sus voluntades teniendo como consecuencia de la combinación de estos elementos el hecho de que la operación constitucional adquiera valor jurídico.⁸³

El autor sigue aduciendo que el derecho no es una creación del Estado, sino una creación del poder (éste sigue siendo anterior al Estado) y de la libertad; por esto es necesario observar el período constitutivo de los Estados donde el poder y la libertad afirman la virtud jurídica de la Constitución.⁸⁴ No nos olvidemos de la importancia de esta concepción para comprender la razón por la cual en Europa la Constitución está relacionada con la idea de supremacía de la ley. La teoría contractualista de ROUSSEAU que está en la base de esta creencia supondrá la idea de virtud jurídica por medio del pacto social.

La Monarquía absolutista en Francia enfrentará un debate que ya no pretende discutir sobre la moderación del poder absoluto, ni su misión de tutelar los cuerpos gubernamentales, ni tampoco su justificación por medio de la razón. En cambio, las discusiones se orientan mediante una concepción voluntarista de orden político que reconozca a los hombres el derecho de modificar o redactar las formas legales de su convivencia común que estará en el corazón del debate constitucional identificando la cuestión de la soberanía.⁸⁵

⁸³ Ibid. Pág. 17.

⁸⁴ Idem. Pág. 17.

⁸⁵ FURET, FRANÇOIS. HALÉVI, RAN. *“La monarchie républicaine. La Constitution de 1791”*. Histoire des Constitutions de la France. Fayard. 1996. Págs. 55-56. Ran Halévi explica en los siguientes términos: *“(…)le procès de l’ancienne constitution a changé de langage, de postulats et de cibles. Ceux qui l’instruisent maintenant visent beaucoup plus loin que la <<modération>> du pouvoir absolu, ou sa mise en tutelle par les corps intermédiaires, ou encore son <<instrumentalisation>> par les impératifs de la raison. (...)renvoie à une conception positive, volontariste, de l’ordre politique, qui reconnaît aux hommes le droit de modifier, ou de recréer, les formes légales de leur existante commune, qui installe, en d’autres termes, au coeur du débat constitutionnel, ouvertement ou implicitement, la question primordiale de l’identité du souverain”*.

En 1791, la Constitución francesa fue adoptada, pero se mantuvo como una Constitución monárquica, que conservaba al Rey como un poder delegado por la nación y sujeto a la soberanía de la ley. La Constitución estaba estructurada en una parte dogmática donde se exponían los derechos individuales y los límites y obligaciones del poder del Estado; y en una parte orgánica que establecía las relaciones entre las varias entidades estatales.⁸⁶

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada previamente por la Asamblea e incluida en la Constitución, fue inspirada particularmente por el “*Bill of Rights*” de la Declaración de Virginia y extendida por los ideales racionalistas de ROUSSEAU y MONTESQUIEU. La nación fue identificada en la teoría revolucionaria como el Tercer Estado, tal y como la había calificado SIEYÉS, comparándolo con los otros Estados (nobleza y clero), pero que se constituiría en la fuente del poder constituyente. Sin embargo, el sistema introducido por la Constitución incluía la estricta separación entre los poderes con un claro predominio del poder legislativo y un débil sistema de control, ya que el Rey no podría vetar las leyes de la Asamblea; y al contrario, ésta no podría ejercer control sobre el ejecutivo, pues el Rey era sagrado e inviolable.⁸⁷

MANUEL ARAGÓN afirma que el constitucionalismo europeo del siglo XIX no establecerá un sistema efectivo de control del poder y esta debilidad transcurriría por dos vías: el principio monárquico y la teoría jurídica del Estado. El principio monárquico encarna la idea de que el Rey representa la soberanía del Estado y es la fuente de todo el poder. Las teorías del Estado afirmarían la idea de la libertad como una realidad sólo posible en el Estado y culmina en la concepción de que los derechos fundamentales, como derechos

⁸⁶ BREWER-CARÍAS, ALLAN R. “*Judicial review in comparative law*”. Cambridge University Press. Cambridge. New Cork Port Chester. Melbourne Sydney. 1989. Pág. 64.

⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 66. El autor ilustra esta coyuntura en los siguientes términos: “*In the French system of separation of powers, a clear predominance of the legislative power was shown. Thus the king neither convened, nor suspended, nor dissolved the Assembly; he had the power of veto, but only for suspension, and could not take any initiative, although he could invite the legislative body to take something into account. The Assembly, for its part, had no control over the executive, since the King's person was sacred and inviolable*”.

subjetivos, sólo existían por obra del Estado y en la medida que éste se los iba a atribuir al pueblo.⁸⁸

Estos ideales estaban consagrados en las Constituciones francesas y serían considerados como iconos de la organización de los Estados europeos. En este contexto, tras la Constitución de 1791, se suceden las Constituciones de 1793 y 1795. Esta última duró hasta el golpe de Napoleón en 1799. A su vez la Constitución de 1793 a pesar de no haber llegado a ser promulgada representó un documento de gran implicación teórica.

ACOSTA SÁNCHEZ alega que la Constitución de 1793 se enfrenta a todas las contradicciones contenidas en la Constitución de 1791: los conflictos entre Monarquía y soberanía nacional, que resuelve estableciendo la soberanía popular y la República; la contradicción existente entre el principio de igualdad y el sufragio censitario, que se elimina con el sufragio universal; y la registrada diferencia entre la unidad del Estado y la separación de sus poderes, que supera sustituyendo a MONTESQUIEU por ROUSSEAU y la noción de poderes por la de funciones, unificando el legislativo y subordinándole enteramente al ejecutivo y al judicial.⁸⁹

Además, es reducida la no intervención del pueblo en el poder legislativo con la previsión de elecciones anuales y el sometimiento de todas las leyes a la aprobación de las Asambleas locales (Art. 59). Asimismo, prevé la aprobación directa de la Constitución a través de un referéndum y reserva la iniciativa de la reforma constitucional a las Asambleas primarias cantonales, la reforma a una Convención nacional, y la aprobación al pueblo (art. 115 a 117). Estos procedimientos estarían influenciados por la experiencia norteamericana y extendidos por la influencia de las ideas de ROUSSEAU que proporcionaron la previsión constitucional de la intervención facultativa del pueblo en la aprobación de las leyes, mediante Asambleas en cada Departamento, que podían vetar la ley aprobada por el legislativo (Art. 59) y entrar en el debate y aprobación de la nueva ley (Art. 60).⁹⁰

⁸⁸ ARAGÓN, MANUEL. *“Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control”*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995. Págs. 30-34.

⁸⁹ ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. *“Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional”*. Tecnos. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 151.

⁹⁰ *Ibíd.* Pág. 151.

ACOSTA SÁNCHEZ subraya que a pesar de no haber sido promulgada esta Constitución, su contenido implicaba la transformación de los conceptos, indicando que si todas las leyes pudieran ser controladas y revisadas por el pueblo, el concepto de control de constitucionalidad decaería. Por ello, la expresión de la voluntad general será directa y unívoca, pues no se daría la ruptura del principio roussoniano de intermediación entre el titular de la potestad legislativa y sus leyes por medio de representación.⁹¹

Especialmente por todos los factores que hemos enumerado no se adoptó un control jurisdiccional de constitucionalidad en Francia y todavía en la actualidad el control de las leyes es un control político encargado al Consejo Constitucional francés. Sin embargo, la idealización de un modelo de jurisdicción constitucional en Europa se estructurará en las características diseñadas en los principios del constitucionalismo francés y seguirá afirmando las concepciones de estricta separación entre poderes y supremacía de la ley. Este modelo será elaborado por HANS KELSEN en la Constitución austriaca, de 1920.

Los primeros Tribunales Constitucionales fueron creados en Austria y Checoslovaquia, respectivamente en las Constituciones de 1920. Pero el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia no desarrolló un efectivo control de constitucionalidad durante su existencia y se extinguió en 1938.⁹²

El problema acerca de la limitación de la competencia legislativa del Imperio y del “*Länder*”, en Austria, hizo necesario instituir una Corte constitucional encargada del control de las leyes. HANS KELSEN fue el autor del modelo que surgiría en Europa proponiendo un padrón de jurisdicción constitucional competente exclusivamente para las cuestiones constitucionales y no integrado en la jurisdicción ordinaria.⁹³

⁹¹ Ídem. Pág. 151. ACOSTA SÁNCHEZ opina que “(...) el texto de 1793, al que sus autores, significativamente no llamaron Constitución, sino ‘Acte constitutionel’, sólo de manera material, por sus contenidos, se habría diferenciado de las demás leyes, de materializarse sus previsiones”.

⁹² BREWER-CARÍAS, ALLAN R. “*Judicial review in comparative law*”. Cambridge University Press. Cambridge. New Cork Port Chester. Melbourne Sydney. 1989. Ob. Cit. Pág. 195.

⁹³ LUTHER, JÖRG. ROMBOLI, ROBERTO. TARCHI, ROLANDO. “*Esperienze di giustizia costituzionale*”. Tomo I. G. Giappichelle Editore. Torino. 2000. Pág. 134. La coyuntura de

KELSEN explica que el control de la legitimidad de las leyes a partir de su compatibilidad con la Constitución y el control del reglamento administrativo con las leyes federales son funciones respectivamente de la Corte Constitucional y de la Corte Administrativa, en Austria, representando de este modo el reparto de competencias de cada Corte.⁹⁴

A pesar de la influencia norteamericana en la adopción de un control jurisdiccional de las leyes en Europa que se produciría después de más de un siglo de vigencia, las diferencias fueron marcadas principalmente en el concepto de constitucionalidad y en el efecto de las decisiones, reflejando, además de la teoría política para la defensa de la Constitución, también la teoría normativista kelseniana.

La Constitución austriaca, en su artículo 89, señalaba que los tribunales ordinarios no tendrían la facultad para examinar la validez de las leyes debidamente promulgadas, creándose en su lugar un tribunal especial al que se llamaría Tribunal Constitucional, encargado de examinar la validez de una ley (Art. 140). Este Tribunal, decidirá a petición del Gobierno Federal, sobre la inconstitucionalidad de leyes provinciales; y, a petición de un Gobierno Provincial sobre la inconstitucionalidad de leyes federales; o podría presentar la verificación de validez de una ley ya publicada o un proyecto de ley destinado al sometimiento de la decisión del Cuerpo legislativo (Art. 138 de la enmienda de 30 de julio de 1925).⁹⁵

desarrollo de la jurisdicción constitucional en Austria es así dispuesta: *“I problemi di delimitazione legislative dell’Impero e dei Laender sollecitarono presto l’idea di istituire una corte costituzionale competente a svolgere un sindacato sulle leggi, idea che fu tradotta nella Legge costituzionale federale (...). Ne fu coautore Hans Kelsen, realizzando in essa il modello di un giudice costituzionale competente esclusivamente per questioni costituzionali e non integrato nella giurisdizione ordinaria”*.

⁹⁴ KELSEN, HANS. *“La giustizia costituzionale”*. Giuffrè Editore. Milano. 1981. Pág. 15. Kelsen aclara las competencias de las Cortes en los siguientes términos: *“Il controllo della conformità delle leggi dei Länder alla costituzione federale e quello della conformità della loro attività amministrativa alle leggi federali sono, rispettivamente, affidati alla corte costituzionale ed dalla corte amministrativa”*.

⁹⁵ GONZALEZ RIVAS, JUAN JOSE. *“La justicia constitucional: derecho comparado y español”*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1985. Pág. 17.

CAPPELLETTI analiza que la opción de adoptar un control concentrado en Europa continental, donde rigen sistemas jurídicos con derivación romanística en los que no existe vinculación con los precedentes, llevaría a la posibilidad de que unos jueces considerasen determinada ley inconstitucional y otros llegaran a aplicarla, formándose verdaderos contrastes de decisiones. Por ello, atribuir la verificación de inconstitucionalidad a un órgano que concentrase esta actividad impediría la divergencia jurisprudencial.⁹⁶

Con la intención de ampliar la competencia para verificar la inconstitucionalidad de una ley, la Ley de Reformas, de la Constitución Federal, determinó la posibilidad del Tribunal Constitucional de decidir sobre la inconstitucionalidad de leyes federales o leyes provinciales, a petición del Tribunal Supremo o del Tribunal Supremo Administrativo, cuando la ley de que se trate sirva como base de una sentencia que ha de ser dictada por el Tribunal que hizo la petición.⁹⁷

La actividad de la Corte Constitucional austriaca fue paralizada en 1933 y retomada solamente en 1946. Este intervalo fue marcado por la guerra civil y una Constitución de tipo corporativo y autoritario (1934) inspirada en el fascismo italiano y la ocupación alemana en 1938.⁹⁸

Tras la creación de la jurisdicción constitucional en Austria, esta jurisdicción en Europa se podría disponer en cuatro períodos: el primero comprendido en el período de entreguerras con la experiencia constitucional de Austria (1920), Checoslovaquia (1920), Rumanía (1923), Weimar (1925), Segunda República Española (1931), e Irlanda (1937); el segundo se sitúa en el período sucesivo a la II Guerra Mundial con la restauración de la Corte austriaca (1945), Italia (1948), y Alemania (1949); el tercer período adviene con las Constituciones griega (1975), portuguesa (1976), española (1978), y belga

⁹⁶ CAPPELLETTI, MAURO. *“O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado”*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1984. Págs. 77-79.

⁹⁷ GONZALEZ RIVAS, JUAN JOSE. *“La justicia constitucional: derecho comparado y español”*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1985. Ob. Cit. Pág. 18.

⁹⁸ LUTHER, JÖRG. ROMBOLI, ROBERTO. TARCHI, ROLANDO. *“Esperienze di giustizia costituzionale”*. Tomo I. G. Giappichelle Editore. Torino. 2000. Ob. Cit. Pág. 134.

(1980); finalmente el cuarto período se refiere a la Europa oriental y las Constituciones de Albania (1998), Luxemburgo (1996), y Finlandia (1999).⁹⁹

La jurisdicción constitucional en Europa como se puede observar se consolidará tras la II Guerra Mundial como un imperativo de los cambios en la transición de los regímenes autoritarios a una organización del Estado democrático de derecho.

Para la mayoría de los países europeos la reconstrucción estaría motivada a partir del establecimiento de sistemas de protección que evitasen los errores del pasado y principalmente permitiesen condiciones de estabilidad y seguridad entre los Estados a través de un compromiso de moderación entre ellos.¹⁰⁰

AHUMADA RUIZ recuerda que en Europa, después de la II Guerra Mundial, el repudio a las estructuras políticas, procedimientos y doctrinas científicas que facilitaron la instalación de regímenes autoritarios, unido a la obsesión por introducir garantías de los derechos, prepararon el camino para la recepción de los gobiernos democráticos.¹⁰¹

Con estos fines, la decisión de introducir el mecanismo del control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos del poder en las Constituciones de la segunda posguerra fue una decisión política que reflejaría dificultades de acomodo de esta nueva institución (los Tribunales Constitucionales), pues no sólo alteraba la idea tradicional de separación de poderes, sino que también insertaba una nueva fuente de producción jurídica: la jurisprudencia constitucional.¹⁰²

Los países europeos se encontraban en una encrucijada: seguir sujetos a los abusos del Parlamento o reformular la idea de división de poderes de la clásica Revolución francesa y someter el parlamento al control

⁹⁹ OLIVETTI, MARCO. GROPPI, TANIA. *“La giustizia costituzionale in Europa”*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 2003. Págs. 05-06.

¹⁰⁰ JOHNSON, NEVIL. *“Constitutionalism in Europe since 1945: reconstruction and reappraisal”*. En: *Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World*. Oxford University Press. New York. 1993. Pág. 27.

¹⁰¹ AHUMADA RUIZ, MARIA ÁNGELES. *“La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas”*. Thomson, Civitas. Navarra. 2005. Pág. 27.

¹⁰² *Ibíd.* Pág. 37.

jurisdiccional de constitucionalidad. La opción que se afirmará en Europa será la segunda, pero organizando este poder en torno de un Tribunal Constitucional concentrado conforme el modelo kelseniano y sometiendo al juez al imperio de la ley.

En Europa la jurisdicción constitucional seguirá manteniendo la idea de supremacía de la ley como requisito de la supremacía constitucional para evitar los peligros de un gobierno de los jueces. En los siguientes apartados observaremos como fue concebido el principio de la supremacía de la Constitución por las jurisdicciones europeas, así como también analizaremos los diversos modelos de control de constitucionalidad resultantes de las experiencias constitucionales de los distintos países.

1.5. LA SUPREMACÍA DE LA LEY COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA CONSTITUCIONAL EN EUROPA.

GARCÍA DE ENTERRÍA señala que la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del principio monárquico como fuente formal de la Constitución implica reducir ésta a un código formal de articulación de los poderes del Estado. El rechazo al Estado Monárquico y la lucha de los Parlamentos con los monarcas había transformado el concepto de soberanía concibiéndola a partir del dogma de la soberanía parlamentaria. Esta noción suponía la superioridad absoluta de las leyes y su inmunidad judicial, que se relacionaba con el temor hacia la formación conservadora de los jueces y su carácter no electivo.¹⁰³

En la Revolución Francesa surge con gran fuerza el concepto de la supremacía de la ley al que iba a adaptarse la concepción de supremacía constitucional, pues las clases burguesas se dirigían a la conquista de la ley que tenía, hasta entonces, su fuente de emanación en la Monarquía absoluta.

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. 1983. Ob. Cit. Pág. 56.

Por ello, el dicho “*imperio de la ley*” se erige en meta esencial de la Revolución.¹⁰⁴

MANUEL ARAGÓN subraya que la desconfianza hacia los jueces, la consideración de la jurisdicción como una mera actividad de sumisión a la ley y la concepción sacra de la ley como producto de la razón y expresión de la voluntad soberana, traían como consecuencia una fuerte mitigación de los controles que era acentuada por la idea rousseauiana de la democracia. De esta forma, se negaba el pluralismo de poderes y el equilibrio sobre ellos, pues aceptaba solamente la autolimitación por medio de la voluntad de la mayoría.¹⁰⁵

El resultado conduciría a la ausencia del equilibrio en la primera Constitución francesa que establecerá una división de poderes sin controles o, incluso, una negación de la división de poderes sustituida por un régimen de Asamblea, en el caso de la dictadura jacobina implantada en agosto de 1791.¹⁰⁶

ACOSTA SÁNCHEZ afirma que estaríamos ante la transformación funcional de la ley en la Constitución, disminuyendo progresivamente la diferencia entre las dos, es decir, el derecho positivo podía alcanzar la categoría que antes estaría reconocida solamente al derecho natural. En última instancia significaría decir que el principio superior anterior se había convertido en derecho positivo bajo la forma de ley.¹⁰⁷

La idea de la ley como máxima expresión de la voluntad general, y en consecuencia de esto, como fuente de la soberanía del pueblo viene evidenciada en los ideales rousseauianos en torno del pacto social que recibe en Europa gran aceptación en la justificación del Estado. ROUSSEAU, analizando el contrato social, dispone sobre la necesidad de “*encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no*

¹⁰⁴ ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. “*Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 147.

¹⁰⁵ ARAGÓN, MANUEL. “*Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*”. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995. Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁰⁶ *Ibíd.* Pág. 26.

¹⁰⁷ ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. “*Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*”. Ed. Tecnos. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 148.

obedezca por lo tanto si no a sí mismo, y permanezca tan libre como anteriormente".¹⁰⁸

En este sentido la soberanía es el ejercicio de la voluntad general que jamás se podría alienar, y el soberano es el ser colectivo que será representado por sí mismo. A través del pacto social se crea la existencia del cuerpo político, entendiéndose que las leyes son las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas, representado por el legislador, pero de acuerdo con el pacto general, la voluntad general es la única que obliga a los particulares.¹⁰⁹

Para ROUSSEAU la ley se convertiría en auténtica expresión de la voluntad general y como tal sería la máxima fuente de ordenación de la asociación civil en el pacto social. Desde este punto de vista, entiéndase el "*imperium*" de la ley como reflejo de la voluntad general de la sociedad que marcará el ideal de supremacía constitucional.

En efecto, MONTESQUIEU afirmaba que la libertad política de un ciudadano es aquella tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y, para que se tenga esta libertad, hace falta que el gobierno sea de tal modo que un ciudadano no deba temer a otro. Desprendemos de sus palabras la idea de seguridad jurídica que seguirá en su ideal de equilibrio entre los poderes. Aduce que cuando se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura el poder ejecutivo y el poder legislativo, no existe libertad: se puede temer que el Monarca o el Senado hagan leyes tiránicas. Del mismo modo, no existiría libertad si el poder de juzgar no estuviera separado del poder legislativo y del poder ejecutivo, pues el juez sería un legislador o un opresor.¹¹⁰

MONTESQUIEU seguía diciendo en su teoría que el poder de juzgar no debería ser atribuido a un cuerpo permanente, sino ejercido por personas extraídas del pueblo en ciertos períodos del año, en la forma de la ley, para formar un tribunal que dure el tiempo necesario. De este modo, el poder de

¹⁰⁸ ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. "*O contrato social e outros escritos*". Editora Cultrix. São Paulo. 1965. Pág. 30.

¹⁰⁹ *Ibíd.* Págs. 48-52.

¹¹⁰ WEFFORT, FRANCISCO C. (Org.). "*Os clássicos da política*". São Paulo: Editora Ática, 1991, v. 1. TEXTOS DE MONTESQUIEU. Pág. 174.

juzgar, tan terrible entre los hombres, no estando vinculado ni a cierta categoría ni a cierta profesión, se tornarían nulo e invisible.¹¹¹

MONTESQUIEU confería su idea de la tripartición de poderes al Poder Judicial, como un poder nulo que tenía la atribución de aplicar la ley. Esta concepción va a ratificar la comprensión de la supremacía de la ley aliada a una sobrevaloración de esta idea debido a la ascensión de la concepción positivista del derecho.

Ya en el siglo XIX la consolidación de las experiencias legislativas tornarían posible la ascensión de un positivismo jurídico considerando que la Constitución tendría su base en el poder constituyente distinto del poder legislativo ordinario conforme dispuso EMMANUEL SIEYÉS. Así, adviene una semilla de la diferencia entre norma constitucional y norma ordinaria, y se esboza además la diferencia entre Constitución, en sentido material, y Constitución, en sentido formal. EMMANUEL SIEYÉS opinaba que lo que define la Constitución no es exactamente el contenido material, sino la autoridad especial, a través de la cual se impone a los órganos del Estado.¹¹²

PASQUALE PASQUINO subraya que en las tesis desarrolladas por SCHMITT y KELSEN, especialmente entre 1928 y 1931, ellos partían de conceptos diferentes de Constitución. Para el primero sería una opción global de la forma de la unidad política; y para el segundo, sería la ley superior.¹¹³

Según el autor, en los escritos de SCHMITT no se encontraba una doctrina sistemática del control de constitucionalidad. En realidad, él analizaba la situación política para la defensa de la Constitución de Weimar presentando al Presidente del *Reich* como un poder neutro; así, pretendía la defensa de la Constitución como una función política. PASQUALE PASQUINO aduce que su modelo recibió la crítica de HUGO PREUSS por el hecho de que se formaría

¹¹¹ *Ibíd.* Pág. 175.

¹¹² SIEYÉS, EMMANUEL JOSEPH. “*A constituinte burguesa. Que é o terceiro Estado?*”. Coleção Estudos Políticos Constitucionais. Liber Júris. Rio de Janeiro. 1998.

¹¹³ PASQUINO, PASQUALE. “*Gardien de la Constitution u justice constitutionnelle?* Carl Schmitt et Hans Kelsen”. En: TROPER, Michel & JAUME, Lucien (dirs.). *1789 et l'invention de la Constitution*. Paris, LGDJ, 1994. Pág. 03.

una dictadura constitucional ejercida por el Presidente del Reino y justificada por la interpretación extensiva del artículo 48 de la Constitución.¹¹⁴

A pesar de esto, SCHMITT introducía en aquel momento la diferencia entre Constitución y leyes constitucionales. Decía que la Constitución se define por una serie de decisiones: a favor de la democracia, la república, la estructura federal del reino, la forma parlamentaria representativa de la legislación y del gobierno, y a favor del Estado de derecho caracterizado por los principios fundamentales y la distinción de poderes. En cambio, las leyes constitucionales serían disposiciones que se constituirían o cambiarían ante la simple mayoría parlamentaria.

Esta diferencia contribuyó a delimitar el concepto de la norma constitucional, aunque en la concepción de SCHMITT se reflejase la idea de Constitución como solamente un cuerpo político de normas fundamentales y no como ley suprema tal y como la entendía KELSEN.

En otro sentido, la doctrina de la justicia constitucional fue objeto de un trabajo presentado por KELSEN a la sesión de 1928, del Instituto Internacional de Derecho Público de París, en el que expuso que la Constitución no es solamente la ley superior de la estructura jerárquica del derecho, sino también una regla de fondo que contiene los principios jurídicos que equilibran las fuerzas políticas.

KELSEN dispuso que tanto la actividad legislativa como la actividad judicial aplican derecho y ejercen un poder discrecional, por lo tanto la defensa de la Constitución podría estar encargada al poder judicial como forma de defensa a la ciencia del derecho. SCHMITT reconocerá el poder discrecional del juez a las decisiones judiciales en su obra de 1912, *“La ley y la sentencia”*, conforme esclarece PASQUALE PASQUINO,¹¹⁵ pero seguirá intentado demostrar que no se debería instaurar un Tribunal como defensor de la Constitución porque a través de la actividad de un Tribunal la justicia se politiza, se la grava y se la pone en peligro¹¹⁶.

¹¹⁴ *Ibíd.* Pág. 04.

¹¹⁵ *Ídem.*

¹¹⁶ KELSEN, HANS. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos. Madrid. 1990. Pág. 32.

HANS KELSEN, a su modo, concibe una jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un Tribunal independiente que funcionará como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento, así como también del Gobierno cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad.¹¹⁷

Sin embargo, KELSEN reconocía que no se podría negar que la pregunta lanzada por CARL SCHMITT acerca de los límites de la jurisdicción constitucional era totalmente legítima; pero, aducía que dicha pregunta debería plantearse acerca de la mejor configuración de su función de acuerdo a sus fines y que ambos problemas deberían mantenerse separados. Por esto, sería adecuado limitar el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación, impidiendo que las leyes fuesen formuladas en términos demasiado generales.

Todavía restaría otro fuerte argumento de los opositores de su teoría, el cual KELSEN consideraba como principal rechazo a la introducción del control judicial de constitucionalidad: la separación entre jurisdicción y legislación.

KELSEN contestó a la cuestión aduciendo que la institución de la justicia constitucional no estaría en absoluto en contradicción con el principio de la separación de poderes, idealizado por MONTESQUIEU, sino que constituiría una afirmación del mismo. KELSEN afirmó que la independencia del Tribunal llamado a anular las leyes inconstitucionales es un postulado frente al Parlamento y al Gobierno, quienes en su participación en el procedimiento legislativo deben ser controlados por la justicia constitucional que desempeñará la función de legislador negativo¹¹⁸.

Reinó en Europa principalmente la combinación de las ideas de ROUSSEAU, MONTESQUIEU, SIEYÉS y KELSEN, en la configuración de la concepción de supremacía de la ley como sucedáneo de la supremacía de la Constitución, entendida a partir de una estructura tripartita de equilibrio entre

¹¹⁷ *Ibíd.* Pág. 14.

¹¹⁸ *Ídem.* Pág. 38.

los poderes en el que el poder constituyente representaría la voluntad general expresada en la norma fundamental positivada.

1.6. CARACTERÍSTICAS DE LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Tradicionalmente se clasifica el control de constitucionalidad como originariamente dicotómico identificándolo con el modelo norteamericano o con el modelo europeo de justicia constitucional.¹¹⁹

La dicotomía, sin embargo, representa una construcción teórica elaborada con fines heurísticos para poner de relieve las semejanzas y las diferencias que existen entre ordenamientos jurídicos. Aunque comúnmente se pone de manifiesto que los derechos romanistas se fundan en la codificación de las reglas y, en cambio, los sistemas de “*common law*” se basan esencialmente en el derecho jurisprudencial, la ley no es desconocida en estos sistemas a pesar de no ocupar una posición privilegiada en el sistema de fuentes. Sin además desconsiderar la diversidad a propósito de la organización de los tribunales y del proceso, bien como las muchas diferencias presentadas en el sistema de acceso a la justicia y la diferencia cultural relativa a la formación del jurista, es preciso señalar que en el mundo contemporáneo la dicotomía no parece tan nítida y profunda, pues en el curso de los siglos las dos familias han conocido recíprocos contactos e influencias por diversos factores, entre los cuales se destacan la moral cristiana y la doctrina filosófica del liberalismo.¹²⁰

Esta nomenclatura ya no es aceptada doctrinariamente como algo suficiente para la caracterización de los sistemas de constitucionalidad, pues la dinámica actual de la jurisdicción constitucional propició una hibridación de los

¹¹⁹ PEGORARO, LUCIO. “*Nuevo derecho constitucional comparado*”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 90.

¹²⁰ *Ibíd.* Pág. 91.

dos modelos llevándolos a la formación de un sistema mixto de constitucionalidad; además, insertó determinados elementos, bien del sistema europeo, o bien del norteamericano, en los países en que se aprecia la prevalencia de uno de los dos modelos, como ya se verá.¹²¹

Abordaremos metodológicamente, para una mejor comprensión del tema planteado, un análisis de las características de los modelos originarios, pero sin dejar de considerar las características híbridas que ya contienen.

1.6.1. Las características del control de constitucionalidad difuso.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE informa que en los Estados Unidos la Constitución domina tanto al legislador como a los simples ciudadanos puesto que es la primera de las leyes y, a su vez, es inmodificable por una ley. Por esto, es justo que los tribunales obedezcan a la Constitución, con preferencia a todas las leyes, afectando a la esencia misma del poder judicial.¹²²

RUBIO LLORENTE aduce que la eficacia “*erga omnes*” de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos es consecuencia de la obra del juez al razonar su decisión y se exige que éste quede vinculado en el futuro por la regla que él mismo creó, y así, pueda alcanzar la certeza del derecho y la seguridad jurídica. Es indispensable que la jurisdicción sea concebida como actuación de un poder único, cuyos distintos portadores se vinculen recíprocamente a los precedentes de otros jueces y tribunales al resolver casos semejantes.¹²³

En Norteamérica la Corte Suprema está en el vértice de la estructura judicial federal y su jurisdicción está prevista en el artículo III, sección 2, de la Constitución, donde se le atribuye el poder judicial federal para la resolución de los casos y controversias. Según el *Chief Justice* WARREN los términos

¹²¹ Véase: FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*”. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004.

¹²² TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. “*La democracia en América*”. Editorial Orbis. S.A. Bracelona. 1985. Pág. 69.

¹²³ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Pág. 468.

“cases” y “controversies” son complementarios, pero diferentes. El caso se presenta limitando la competencia de la Corte Federal a las cuestiones propuestas en una forma concebida como susceptible de resolución a través del proceso, y, en parte, definido como un atributo del poder judicial en una distribución tripartita del poder para garantizar que la Corte Federal no vaya a invadir lo que no esté en su esfera de competencia. Justiciable es el término técnico utilizado por esta doble limitación impuesta a la Corte Federal con la doctrina del “*case-and-controversie*”.¹²⁴

Complementa este significado la concepción atribuida al concepto de caso como conexo a la necesidad de que la Corte juzgue toda cuestión que se encuentre en vía de contraposición de intereses. Estos presupuestos fundamentan el principio sostenido en la jurisprudencia norteamericana según la cual se niega la posibilidad de que la Corte Federal pueda ser considerada como órgano consultivo del Gobierno.¹²⁵

Cuando se invoca ante los tribunales de los Estados Unidos una ley que el juez estima contraria a la Constitución, el juez puede negarse a aplicarla. ALEXIS DE TOCQUEVILLE analiza que éste es el único poder que es particular del juez norteamericano, pero que se configura como una gran influencia política que se desprende de él.¹²⁶

La introducción del control de constitucionalidad difuso no modifica la relación existente entre la Corte y los demás órganos judiciales, pues la forma de jurisdicción, originaria y apelativa, se mantiene inmutable y no sufre modificación en las vías procesales, a través de las cuales la Suprema Corte ejerce su autoridad como el grado más alto en la jerarquía judicial. También es cierto que la Corte Suprema se ocupa más, en la actualidad, de los juicios de

¹²⁴ BIANCHI, PAOLO. “*Giustizia costituzionale negli Statu Uniti*”. En: *Esperienze di Giustizia Costituzionale*. Tomo I. U.S.A, Canadá, Svizzera, Áustria, Germânia, Francia. G. Giappichelli Editore – Torino. 2000. Pág. 30.

¹²⁵ *Ibíd.* Pág. 30. El autor así se refiere: “*L’altro significato attribuito al concetto di case è conexo alla necessità che alle Corti giungano questioni sulle quali vi sia effettiva contrapposizione di interessi. Il principio è inteso dunque in questa accezione come la costituzionalizzazione del carattere adversary del processo di common law*”.

¹²⁶ TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. “*La democrazia en América*”. Editorial Orbis. S.A. Barcelona. 1985. Ob. Cit. Pág. 69.

constitucionalidad, demostrando aproximación a la mayoría de los tribunales constitucionales europeos, asumiendo este control como consecuencia necesaria de su función propia, la de resolver, mediante la aplicación de la regla jurídica concreta, creada *ad hoc* o recibida como precedente, los casos y litigios que se le sometan.¹²⁷

Además de la Suprema Corte, todos los jueces y tribunales pueden verificar la inconstitucionalidad de una ley y dejarla de aplicar según el caso, pero siempre vinculados por el principio del “*stare decisis*”, con el propósito que se mantenga la uniformidad de la jurisprudencia.

El que el tribunal inferior siga el precedente del tribunal superior no es solo una derivación del principio “*stare decisis*”, sino también de la regla administrativa de superioridad jerárquica para el buen funcionamiento de los tribunales. A su modo, la crítica a este principio se presenta respecto a la vinculación horizontal de los jueces. La defensa clásica del principio se ha basado en un triple fundamento: la protección de las expectativas patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de uniformidad en los fallos, que en un último análisis se subsumen en los principios de seguridad jurídica e igualdad.¹²⁸

En cambio, el juez J. DOUGLAS, en defensa del derecho de modificación a la propia doctrina sostuvo el problema básico de si la Constitución que hay que aplicar es la de 1787 o la del momento en que se interpreta. El juez DOUGLAS unió “*originalismo*” y “*stare decisis*” para presentar la crítica de si es posible obtener de aquellos que nos precedieron el sentido de la continuidad social, y extraer de su saber el sentimiento de respeto por la estabilidad de sus principios y doctrinas; y además, analiza que el principio del “*stare decisis*” lo único que produce a veces es la erosión de los principios jurídicos sustantivos debido a que, para salvar el precedente, se opera una re-racionalización del mismo que nada tiene que ver con su primitiva formulación.¹²⁹

¹²⁷ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 470.

¹²⁸ ALONSO GARCÍA, ENRIQUE. “*La interpretación de la Constitución*”. Colección “Estudios Constitucionales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. Pág. 166.

¹²⁹ *Ibíd.* Pág. 169.

En efecto, ALONSO GARCÍA subraya que en las palabras de MONAGHAN, se verifica la necesidad de discutir en profundidad el papel que deba jugar el precedente en la justicia constitucional, pues apunta la necesidad de reconsiderar qué condiciones motivan la existencia de una teoría general del “*stare decisis*”, replanteamiento este, que se hace necesario por cinco causas principales, conforme apuntamos en resumen:

“se discrepa acerca de si el precedente lo constituyen los hechos, la regla jurídica o los fundamentos; no está claro qué sentencias del Tribunal Supremo tienen valor de precedente; tampoco está claro si los magistrados disidentes deben resultar vinculados o no por los votos mayoritarios contrarios; existen dudas acerca del valor de las sentencias con votos plurales en cuanto al razonamiento, ninguno de los cuales es mayoritario; hay grande variación de la teoría del stare decisis de cada autor, dependiendo de la concepción del judicial review”.¹³⁰

A pesar de todas las críticas, es acertado sostener que en el modelo difuso norteamericano está presente la vinculación de todos los jueces, conforme informa RUBIO LLORENTE al afirmar que el principio “*stare decisis*” dispone sobre la vinculación de cada juez a sus propios precedentes y todavía, concibiendo la jurisdicción como actuación de un poder único, va a vincular a todos los jueces recíprocamente, pues la unidad del sistema requiere la

¹³⁰ Ídem. Págs. 179-182. El autor subraya que es precisamente la última objeción la que ha motivado realmente la polémica acerca de la viabilidad de una teoría general del “*stare decisis*”, pues mientras MONAGHAN opina que es posible desvincular el principio de las concepciones globales que acerca del tema del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes se tengan, TRIBE ha contestado que ello es imposible, pues el reforzar el “*stare decisis*” necesariamente llevaría a una selección discriminadora de los supuestos que deban someterse a la regla y quedar eternamente petrificados.

existencia de una instancia suprema cuyas decisiones sean aceptadas como obligatorias por todos los tribunales.¹³¹

La declaración de inconstitucionalidad de una ley se plantea como incidente procesal y con ocasión de una *litis* concreta, sin que a los tribunales les sea posible proceder a la declaración de inconstitucionalidad por su propia iniciativa. Además, la declaración de inconstitucionalidad es una facultad de todos los tribunales para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes de los Estados y de la Federación que puedan estar en conflicto con la Constitución. Por fin, el caso que suscita la inconstitucionalidad debe tratar sobre una lesión ocurrida o inminente de un interés, personal y preciso, que ha de estar constitucionalmente protegido, actuando el tribunal a instancia de parte y únicamente en cuanto sea necesario para fallar el caso planteado.¹³²

La sentencia que dictan los tribunales norteamericanos declarando la inconstitucionalidad de la ley, en virtud del principio "*stare decisis*" se convierte en una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos "*erga omnes*".¹³³

La norma será declarada inconstitucional solamente para el caso en que se presente en situación de inconstitucionalidad, permaneciendo en vigencia para los demás casos en que se pueda verificar su compatibilidad con la Constitución.¹³⁴

1.6.2. Rasgos originarios del control concentrado de constitucionalidad.

LOUIS FAVOREU apunta como razones de fondo para el rechazo del control difuso en Europa las concepciones de sacralización de la ley, separación entre los poderes y la legalidad extraída de la ley; pero aduce que además de las razones de fondo hay también razones institucionales que

¹³¹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "*La forma del poder. Estudios sobre la constitución*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 468.

¹³² GONZALEZ RIVAS, JUAN JOSE. "*La justicia constitucional: derecho comparado y Español*". Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1985. Ob. Cit. Pág. 36.

¹³³ *Ibíd.* Pág. 36.

¹³⁴ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. "*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Ob. Cit. Págs. 472-473.

recurren al hecho de que gran parte de los países europeos tiene una estructura parlamentaria, y no una estructura federal como en Norteamérica, que facilitó la instauración del “*judicial review*”. Además, los jueces europeos quizás no sean aptos para operar la técnica del control difuso de constitucionalidad, porque no existe en Europa la concepción de una jurisdicción constitucional única, pues esta está encargada al Tribunal Constitucional.¹³⁵

Sin embargo, se suma a las razones anteriores el razonamiento de una característica política y coyuntural referente a la identificación del “*judicial review*” como un gobierno de los jueces que significaría un atentado a la soberanía de la ley donde el poder de los magistrados se contrastaría con la voluntad general. Lo que va a cambiar los sistemas europeos para la recepción de un control de constitucionalidad será la situación verificada tras la II Guerra Mundial de la necesidad de protección constitucional de los derechos individuales, sugiriendo una prevalencia de la Constitución y relativización de la idea de sacralización de la ley que pudo presentarse con contenido arbitrario.¹³⁶

Antes de la adopción por la mayoría de los países europeos, tras la II Guerra Mundial, la jurisdicción constitucional en Europa empezaría con la Constitución austriaca, de 1920. La nueva Carta Constitucional unificó en un único órgano toda la función de garantía de la Constitución, que fue atribuida a la Corte Constitucional considerada como el órgano de máxima competencia de la estructura judicial. La ley seguía siendo una barrera entre los demás jueces y la Constitución, pues ellos estaban sometidos a ésta, debiendo aplicarla incluso cuando la verificasen como inconstitucional.¹³⁷

Solamente la Corte Constitucional estaba habilitada para juzgar la legitimidad constitucional de la ley y la iniciativa para activar el control de constitucionalidad estaba reservada al gobierno federal en el resguardo de la ley estatal; y, al gobierno del “*Länder*” en el resguardo del derecho federal. El

¹³⁵ FAVOREU, LOUIS. “*Modele americain et modele europeen de justice constitutionnelle*”. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. Volumen IV. 1988. Págs. 53-55.

¹³⁶ *Ibíd.* Pág. 56.

¹³⁷ OLIVETTI, MARCO – TANIA GROPPI (a cura di). “*La giustizia costituzionale in Europa*”. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 2003. Ob. Cit. Págs. 36-37.

control de constitucionalidad de la ley introducido en el sistema austriaco estaba caracterizado como una traducción coherente del principio democrático, y actuado a través de una forma de gobierno parlamentario que significaba un mecanismo de racionalización del poder y, en especial, del régimen parlamentario.¹³⁸

La competencia para resolver sobre la validez de las leyes y dictar decisiones “*erga omnes*” pasa a ser monopolio del Tribunal Constitucional que se yuxtapone al sistema judicial. La actuación del Tribunal Constitucional sólo puede ser solicitada por los órganos a los que la Constitución o la ley atribuyen legitimación para ello, como legitimación abstracta, no vinculada a la titularidad de un derecho o de un interés concreto. La sentencia, que queda reducida en lo esencial al pronunciamiento sobre la ley y la opinión del Tribunal, pasa a ser en la concepción de KELSEN, poco más que la exposición de motivos del legislador negativo.¹³⁹

Con la reforma constitucional, de 1929, se introduce una ampliación en el rol de legitimados para verificar la inconstitucionalidad de la ley, pues el antiguo sistema obligaba a los jueces a aplicar la ley inconstitucional. El nuevo artículo 140, previsto en la reforma, consentía a la Corte Suprema Federal y a la Corte Administrativa Federal para verificar la cuestión de inconstitucionalidad en el momento de la aplicación de la ley. Sin embargo, la reforma de 1929 abrió la vía hacia la progresiva afirmación de un régimen autoritario de tipo *clerico-fascista* que culminó, en 1933, con la ascensión de la *Cámara Bassa* y con la desactivación del Tribunal Constitucional.¹⁴⁰

La Corte Constitucional retoma sus actividades en 1946, y, en 1975, se introduce el recurso directo de control de constitucionalidad a partir de un caso singular concreto. Además, el Tribunal Constitucional puede actuar *ex officio* en la verificación de inconstitucionalidad. Los cambios introducidos en el

¹³⁸ *Ibíd.* Págs. 37-38.

¹³⁹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Ob. Cit. Págs. 476-477.

¹⁴⁰ OLIVETTI, MARCO – TANIA GROPPPI (a cura di). “*La giustizia costituzionale in Europa*”. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 2003. Ob. Cit. Pág. 48.

sistema austriaco son la consecuencia de la protección constitucional a los derechos fundamentales.¹⁴¹

Estos cambios ratifican la crítica que la autorizada doctrina ha referido acerca de que ya no hay un modelo europeo concentrado de control de constitucionalidad dada la hibridación que han experimentado los sistemas constitucionales europeos atentos a la protección de los derechos fundamentales.

De todos los modos, así como hemos tratado en el anterior apartado, nos cumplirá verificar en el modelo originario en Europa cuáles son las características del modelo concentrado de control de constitucionalidad.

LOUIS FAVOREU enumera seis características esenciales del modelo originario europeo: la existencia de un contenido constitucional distinto de los otros contenidos; el monopolio de jurisdicción de la Corte Constitucional; la singularidad de esta Corte; el acceso a la Corte Constitucional; la naturaleza del contenido constitucional; y, los efectos de las decisiones en el control concentrado.¹⁴²

La primera característica evidencia que los tribunales europeos tenían que hacer la distinción entre las cuestiones civiles, administrativas, etc. Y lo mismo sucede con las cuestiones constitucionales, pues no eran competentes para conocer de estas últimas, debiendo remitir a la Corte Constitucional el análisis del caso. La segunda característica retrata que el poder de interpretar la Constitución está concentrado en la Corte Suprema, lo que refuerza la uniformidad y seguridad jurídica.¹⁴³

La tercera característica evidencia el carácter de yuxtaposición de la Corte Suprema, como órgano judicial independiente, tal como lo ha expresado KELSEN. La cuarta nota del sistema originario europeo se relaciona con la legitimidad de acceso a la jurisdicción constitucional, excluyendo a los individuos de petitionar al Tribunal, ya que se trata de la verificación de inconstitucionalidad en abstracto de una ley. La quinta característica es

¹⁴¹ BREWER-CARÍAS. ALLAN R. *“Judicial review in comparative law”*. Cambridge University Press. Cambridge. New York Port Chester. Melbourne Sydney. 1989. Ob. Cit. Pág. 199.

¹⁴² FAVOREU, LOUIS. *“Modele americain et modele europeen de justice constitutionnelle”*. Annuaire International de Justice Constitutionnelle. Volumen IV. 1988. Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁴³ *Ibíd.* Pág. 57.

respecto a la ausencia de la necesidad de verificación de los casos o controversias para la apreciación de inconstitucionalidad puesto que se trata del control de constitucionalidad en abstracto de la ley. Por fin, los efectos habidos en este modelo son considerados “*erga omnes*” alcanzando a todos los que estén bajo la jurisdicción de la Corte Constitucional en su actuación en cuanto legislador negativo.¹⁴⁴

El jurista italiano MAURO CAPPELLETTI destaca que el control concentrado estaba basado en una doctrina de supremacía de la ley y de la nítida separación entre los poderes, habiendo la exclusión del poder de control de las leyes por los jueces comunes. Por ello, las normas obligaban a los jueces inferiores a su aplicación, en razón a la presunción de validez a ellas imputada. Como consecuencia, se creó una entidad judicial con el objetivo de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad, atribuyendo la eficacia “*erga omnes*” a los juzgados, con el reto de evitar el peligro de conflictos e incertidumbre en la aplicación del derecho. La opción adoptada por la mayoría de los países europeos ha arrancado de la inexistencia del principio del “*stare decisis*” en los países de tradición romanista.¹⁴⁵

RUBIO LLORENTE destaca que la sentencia constitucional en el modelo originario, en general, se limita a ratificar o a anular la sentencia del juez ordinario, sin incorporar a su decisión ningún pronunciamiento sobre la validez de la ley que fue aplicada. La eficacia de la decisión de la Corte Constitucional se tornaría problemática, porque no se referiría a las razones que la fundamentaran, sino que únicamente analizaría la constitucionalidad o no de la norma, para que el juez *a quo* mantuviera la sentencia o la rectificara. Sería un juicio sobre la aplicación de la norma, no sobre su enunciado, pues, en la concepción del sistema originario europeo, el juicio sobre la ley solo sería eficaz cuando el caso fuera un juicio *in abstracto*.¹⁴⁶

Los tribunales europeos en esta labor buscan otras formas de pacificación, representadas por las sentencias interpretativas, consideradas

¹⁴⁴ *Ibíd.* Págs. 58-60.

¹⁴⁵ CAPPELLETTI, MAURO. “*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*”. Fabris Editor. Porto Alegre. 1999. Ob. Cit. Pág.

¹⁴⁶ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “*La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 483.

como aquellas que emiten un pronunciamiento no sobre el enunciado de la ley, sino sobre una norma que puede ser deducida mediante el empleo de métodos de interpretación. Además, utilizan las sentencias de mera constitucionalidad, que declaran la inconstitucionalidad de la ley sin anularla, cuando se ofrecen al legislador otras posibilidades para eliminar la inconstitucionalidad. Por último, las sentencias manipulativas son operadas mediante la anulación de una o de varias palabras para adecuar el contenido normativo al enunciado legal.¹⁴⁷

1.6.3. El control de constitucionalidad como control híbrido.

Hemos descrito los rasgos originarios de los llamados modelos de control jurisdiccional de constitucionalidad concentrado y difuso sin olvidar subrayar que en la configuración actual de los sistemas de constitucionalidad configurados en los distintos países ya no es posible hablar de forma “*pura*” de modelos que se contraponen por sus características en el modo de garantizar el respeto a la Constitución.

LÓPEZ GUERRA sostiene que la insuficiencia de una clasificación estricta deriva, por un lado, del fenómeno de la difusión cultural que lleva a la adaptación de técnicas e instituciones propias de un ordenamiento, total o parcialmente por otros, dando lugar al predominio de formulas mixtas; y por otro lado, porque incluso en los ordenamientos jurídicos arquetípicos, representativos de los modelos “*americano*” y “*européo*”, se producen notorias desviaciones respecto del modelo ideal construido por la dogmática iuspublicística tradicional. Subraya el autor que en lo que se refiere a Europa es necesario recordar no sólo que no todos los países del continente siguen el “*modelo européo*” de justicia constitucional (no lo siguen Dinamarca, Noruega o Estonia), sino que incluso los países que se incluyen en el modelo européo pueden en gran parte considerarse como sistemas mixtos.¹⁴⁸

Aceptando que la difusión cultural y la misma similitud de los problemas que se plantean en cuanto a la protección de los mandatos

¹⁴⁷ *Ibíd.* Págs. 484-491.

¹⁴⁸ LÓPEZ GUERRA, LUIS. “*Organización y posición institucional de la justicia constitucional en Europa*”. En: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002. Pág. 60.

constitucionales en los más variados contextos han conducido a una creciente aproximación entre los diversos sistemas de justicia constitucional, la presencia del Tribunal Constitucional sigue representando un importante elemento diferencial, que se traduce en peculiares características en cuanto a la forma en que se ejerce la justicia constitucional.¹⁴⁹

En efecto, la existencia de un único Tribunal (Corte o Consejo) Constitucional que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes a través de un proceso autónomo y cuyas decisiones tienen efectos generales, sigue siendo el elemento más característico de la influencia originaria europea. Pero ahora la Constitución aparece configurada como una norma plenamente incardinada en el ordenamiento y con amplios contenidos materiales, lo que comporta de un lado, que los órganos de justicia constitucional asuman tareas de garantía del orden constitucional, y de otro lado, que los órganos jurisdiccionales ordinarios también apliquen la Constitución entrando en competencia compartida con los Tribunales o Cortes Constitucionales.¹⁵⁰

La justificación de la preferencia por instituir un órgano constitucional ha consistido en destacar que, dada la estructuración del Poder Judicial en varias jurisdicciones, cada una con un órgano o instancia superior, no cabía confiar la defensa constitucional a Tribunales Supremos compuestos por Salas separadas y diferenciadas, pues la unidad de acción de la jurisdicción constitucional exigiría un órgano único especializado. Además, se mencionaría también una cierta desconfianza política hacia el Poder Judicial con fines de evitar decisiones con trascendencia política, porque en Europa los Tribunales Supremos nacen débilmente conectados a cualquier forma de legitimidad democrática, directa o indirecta.¹⁵¹

PÉREZ ROYO afirma que la necesidad de crear un órgano nuevo, que se encargara de asegurar la primacía de la Constitución se imponía en

¹⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 61.

¹⁵⁰ AGUIAR DE LUQUE, LUIS. “Control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional”. En: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002. Pág. 203.

¹⁵¹ LÓPEZ GUERRA, LUIS. “Organización y posición institucional de la justicia constitucional en Europa”. En: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002. Ob. Cit. Pág. 61.

Europa por varios factores, entre los cuales podemos destacar: la necesidad de garantías de las minorías frente a la mayoría; la complejidad de las nuevas Constituciones en comparación con las del siglo XIX que exigen garantías para los derechos que se han conseguido constitucionalizar; y, la presencia en el constitucionalismo del fenómeno de la distribución territorial del poder que necesitaba de un árbitro para resolver los conflictos entre el poder central y los poderes periféricos. En este contexto, son tres las grandes razones que motivaron la decisión del constituyente europeo de incorporar el control de constitucionalidad en el siglo XX: las garantías de las minorías frente a la mayoría parlamentaria, la efectividad de los derechos fundamentales, y la distribución territorial del poder.¹⁵²

Al tiempo debe asegurarse que un Tribunal encargado de la permanente interpretación constitucional debe responder al efectivo cambio de las circunstancias sociales y de la cultura jurídica para conseguir que la Constitución sea una norma viva, lo que supone la necesidad de una vinculación continua del Tribunal con la conciencia popular del derecho, y de admisión de unos valores que se estiman en cada momento determinantes para la interpretación del ordenamiento.¹⁵³

LUIS AGUIAR subraya que en los sistemas europeos de justicia constitucional diseñados tras la II Guerra Mundial, los tribunales ordinarios también pueden ser considerados jueces de la constitucionalidad en cuanto aplican en sus procesos los preceptos constitucionales. Menciona como línea más significativa de esta aplicación las siguientes características:

- *La aplicación de la Constitución por los jueces ordinarios en los procedimientos específicamente establecidos en garantía de los derechos fundamentales, que sin perjuicio de los eventuales recursos ante el órgano constitucional (como el Verfassungsklage in Alemania o el amparo*

¹⁵² PÉREZ ROYO, JAVIER. “Curso de derecho constitucional”. Décima Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2005. Págs. 156-157.

¹⁵³ *Ibíd.* Pág. 61.

en España), corresponde a la justicia ordinaria la primera línea de defensa en la protección de los derechos fundamentales que la Constitución consagra;

- *La aplicación de la Constitución en todos los procesos que se sustancian ante la jurisdicción ordinaria mediante la interpretación de las normas legales aplicables al caso en un sentido conforme a la Constitución, como por ejemplo, define el artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España;*
- *La aplicación directa de los principios y enunciados constitucionales, ya sea en defecto de norma legal aplicable al caso, ya sea efectuando un juicio de derogación respecto a aquellas normas legales aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución y que contradigan materialmente los enunciados constitucionales;*
- *En los ordenamientos que tienen prevista la intervención del órgano de justicia constitucional por vía de excepción, corresponde a los jueces y tribunales ordinarios una tarea colaboradora en la depuración del ordenamiento mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las ocasiones en las que los enunciados legales y los preceptos constitucionales entren en abierta contradicción sin que sea posible su coherencia por la vía de la interpretación conforme.¹⁵⁴*

¹⁵⁴ AGUIAR DE LUQUE, LUIS. "Control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional". En: La Justicia Constitucional en la Actualidad. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002. Ob. Cit. Págs. 204-205.

En efecto, los ordenamientos constitucionales posteriores a la II Guerra proveyeron una segunda vía de acceso al Tribunal Constitucional denominada vía de excepción. Esta vía permite al juez ordinario, que con ocasión de la resolución de un litigio a la hora de resolver el caso y aplicar una norma respecto a la que mantiene reservas de inconstitucionalidad, que puedan plantear cuestión incidental, de oficio o instigado por la parte, obteniendo efectos suspensivos hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto, así como ocurre en España, en los términos del artículo 163 de la Constitución española.¹⁵⁵

Sin embargo, en América Latina ha existido gran influencia de los sistemas originarios: americano y europeo. La influencia americana se impuso de manera paulatina y la mayoría de los países encargaron la protección constitucional a los jueces. Aunque se debe reconocer que durante mucho tiempo el sistema se atascó en varios de los países debido a factores como la inestabilidad política, la limitada cultura sobre derechos humanos y la proliferación de los gobiernos militares. En gran parte fueron superadas las causas anteriores debido al restablecimiento de los gobiernos democráticos que se comprometieron a respetar los derechos fundamentales de las personas, y en razón de ello, se ha propiciado el reforzamiento de los sistemas e instrumentos protectores de estos derechos.¹⁵⁶

Ningún país latinoamericano sigue en su sentido más puro el régimen propuesto por KELSEN para la Constitución austriaca de 1920, en el sentido de erigir una Corte o Tribunal Constitucional especializado en esta temática fuera del Poder Judicial y con pretensiones de controlar en régimen de monopolio la constitucionalidad de las leyes. No obstante, las ideas kelsenianas de implantar un dispositivo concentrado de control de constitucionalidad han tenido ciertas concreciones en Latinoamérica aunque con diferentes modalidades. En esta variable se da un control de constitucionalidad concentrado en alguna Corte Suprema, que no es un

¹⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 210.

¹⁵⁶ MORA MORA, LUIS PAULINO. *“Jurisdicción constitucional en América Latina”*. En: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002. Pág. 19.

Tribunal especializado en lo constitucional, por lo que, aparte de las tareas como órgano de control de constitucionalidad, realiza otras en las diversas áreas del derecho.¹⁵⁷

Actualmente hay un gran número de países en Latinoamérica que han instrumentado sistemas mixtos de control de constitucionalidad, pero que presentan distintas variables. SAGÜÉS sistematiza cómo se han dispuesto estos sistemas en los siguientes rasgos:

- *Control judicial difuso con más control concentrado radicado en un órgano no especializado en lo constitucional: aquí se establece un control judicial difuso o desconcentrado, y además, ciertos procesos son atribuidos con exclusividad a la Corte Suprema, que también conocerá por vía de recurso de las sentencias de los jueces ordinarios en materia de control de constitucionalidad. Esta alternativa fue adoptada por países como Brasil, México y República Dominicana;*
- *Control Judicial Difuso con más control concentrado en un órgano especializado en lo constitucional: los jueces ordinarios ejercen el control de constitucionalidad difuso, pero ciertos procesos constitucionales son directamente asumidos, en instancia ordinaria, por una Sala Constitucional de la Corte o Tribunal Supremo, especializada en temas constitucionales. Lo han adoptado: El Salvador, Venezuela y Bolivia;*
- *Control Judicial difuso con más control extrajudicial concentrado (Tribunal Constitucional con poder extra): por un lado los jueces funcionan como*

¹⁵⁷ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “Justicia constitucional y control de la ley en América Latina”. En: La Justicia Constitucional en la Actualidad. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002. Pág. 173.

órganos de control de constitucionalidad en los casos concretos, y por otro, opera un Tribunal Constitucional situado fuera del Poder Judicial. Tal es el caso del Perú, Guatemala y Ecuador;

- *Control Judicial concentrado con más control especializado en lo constitucional: es practicado en Chile donde hay en primer término un control concentrado de constitucionalidad en su Corte Suprema autorizada para declarar inaplicables para el caso concreto, con efectos inter partes, los preceptos que se opongan a la Constitución, y por otro lado, y a semejanza del Consejo Constitucional francés existe un Tribunal Constitucional con funciones básicamente de control preventivo de constitucionalidad, en materia de proyectos de ley y de tratados internacionales, con efectos erga omnes.*

PÉREZ TREMPs defiende que en la actualidad resulta muy difícil mantener una clasificación dicotómica que se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad. La consecuencia conceptual de esta superación es que en la actualidad la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales. El concepto de justicia constitucional hay que entenderlo como un concepto material sustantivo, esto es, como un conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales.¹⁵⁸

¹⁵⁸ PÉREZ TREMPs, PABLO. “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”. En: Revista Brasileira de Direito Constitucional. N° 01. Jan/jun. 2003. Justiça Constitucional. Editora Método. Sao Paulo. Pág. 31.

Sin embargo, LUCIO PEGORARO afirma que el dogma de la inexportabilidad del modelo americano a los sistemas del “*civil law*” opera como herencia cultural de los juristas reacios a considerar el progresivo acercamiento de las familias del “*common law*” y del “*civil law*” y a constatar la extraordinaria flexibilidad y capacidad de adaptación de la justicia constitucional demostrada, de una parte, por la adquisición de la eficacia vinculante del precedente en los Estados Unidos, y por otra parte, por la adquisición de la eficacia “*erga omnes*” de los precedentes de las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas en los ordenamientos de “*civil law*”. El autor recuerda que, como en Norteamérica y en otros países, también las Cortes Supremas tienden poco a poco a monopolizar o concentrar el ejercicio de la justicia constitucional.¹⁵⁹

En este sentido, en la segunda posguerra los juristas asocian a los dos dichos modelos originarios un tercer modelo en el cual se encuentran rasgos típicamente estadounidenses junto a elementos característicos de la Construcción Kelseniana, o sea un cierto grado de difusión de la justicia constitucional asegurada por la incidentalidad del acceso asociado a la concentración de las decisiones en un órgano jurisdiccional con eficacia “*erga omnes*” de las sentencias. Tal solución ofrece ventajas en términos de seguridad jurídica ya que en gran parte de los ordenamientos de “*civil law*” los precedentes no son vinculantes y no sería pensable que los jueces pudieran discrecionalmente inaplicar leyes consideradas inconstitucionales. Por otra parte, el sistema incidental remedia el déficit de acceso a la justicia constitucional en los sistemas en los que pocos sujetos institucionales pueden interponer una cuestión al tribunal.¹⁶⁰

Nos competirá analizar en los siguientes capítulos cómo se desarrollan los sistemas de control de constitucionalidad en Brasil y España, además de las acciones o recursos constitucionales para la protección de los

¹⁵⁹ PEGORARO, LUCIO. “*Modelos de justicia constitucional: desarrollo y recepción en las nuevas democracias*”. En: Conferencia de Cursos de Postgrados de Derecho Constitucional. Salamanca. 1999. Pág. 24.

¹⁶⁰ PEGORARO, LUCIO. “*La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*”. Dykinson. Madrid. 2004. Ob. Cit. Pág. 43.

derechos fundamentales, considerando siempre el marco teórico que hemos delimitado.¹⁶¹

¹⁶¹ El objeto de este trabajo es el análisis de las garantías jurisdiccionales de protección para los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional, sin embargo y aunque extrapole el estudio propuesto desarrollar todo un análisis sobre la fundamentación filosófica de los derechos fundamentales, para lectura ilustrativa sobre el tema imposiblemente agotable véase: FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”*. *JUS Rivista Di Scienze Giuridiche*. Università Cattolica del Sacro Cuore. Nº 2. Anno L. Milano. 2003; OEHLING DE LOS REYES, ALBERTO. *“El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 91. Año 31. Madrid. 2011; OSUNA PATIÑO, NESTOR IVÁN. *“Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. *Temas de Derecho Público*. Nº 37. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995; ROBERT, ALEX. *“Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 91. Año 31. Madrid. 2011.

CAPÍTULO II - LA FORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL **EN BRASIL**

2.1. EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE EL AUTORITARISMO Y LA DEMOCRACIA Y LA CREACIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

La primera Constitución republicana de Brasil, en 1891, se adecuó a los moldes federalistas del sistema estadounidense disponiendo del Supremo Tribunal Federal (en adelante STF) como órgano de cierre del sistema encargado de garantizar la unidad federativa del Estado. El modelo estadounidense influyó en la dualidad de justicias estadual y federal, competentes ambas para el control difuso de constitucionalidad, lo cual no existía en el anterior régimen monárquico, por justificarse que las leyes imperiales estaban inmunizadas frente a cualquier vicio. Al STF le incumbía la decisión definitiva resolviendo sobre materia constitucional, en los términos del artículo 59, párrafo 1º, *b*, y 60, *a*, de dicha Constitución.

La Constitución siguiente, promulgada en 1934, redujo el número de Ministros del STF de quince a once, vía Decreto expedido por Getúlio Vargas, y a fin de descargar los trabajos del Tribunal dejó prevista la creación de tribunales de segunda instancia en la justicia federal que nunca funcionaron. En esa Constitución se introdujo el artículo 91, V, atribuyéndole al Senado Federal la posibilidad de extender efectos *erga omnes* a las declaraciones de inconstitucionalidad del control difuso, que originariamente supone efectos *inter partes*, por creerse que en razón de la separación de los poderes sólo el poder legislativo sería competente para suspender la eficacia de una ley entendida inconstitucional por el poder judicial, una vez que a aquel poder le incumbía la elaboración legislativa. En la Constitución de 1937, fruto del golpe de Estado de Getúlio Vargas, no hubo cualquier avance en la estructura del poder judicial ya que todo el dicho “Estado Nuevo” rigió bajo el decretado “Estado de Emergencia”, lo cual confería poderes absolutos al Presidente dictador.

El primer retorno de la democracia, en el movimiento pendular entre democracia y gobiernos autoritarios en Brasil, fue marcado por la Constitución de 1946 dónde se preveía expresamente por primera vez que ninguna lesión a derechos individuales sería excluida del control judicial, en los términos del artículo 141, párrafo 4º.

HELENA DELGADO subraya que el nuevo orden constitucional a pesar de haber mantenido la extinción de la justicia federal operada en 1937, creó la justicia del trabajo y operó el retorno del funcionamiento de la justicia electoral, justificando descargar de trabajo al STF. Sin embargo, la creación del Tribunal Federal de Recursos, como revisor de las controversias en que estuviese involucrada la Unión Federal, fue puesto bajo la competencia del STF reforzándole el carácter de máxima instancia judicial de la federación y sobrecargándole una vez más de atribuciones.¹⁶²

En el orden del Régimen Militar, tras el golpe de 1964, se institucionalizó el poder constituyente a través del “Ato Institucional I”, del cual sucedieron otros actos reglamentando el funcionamiento del poder judicial. El “Ato Institucional 6” redujo el número de Ministros del STF, bien como sus competencias, limitándole la apreciación de actos de fuerza, típicos del gobierno militar dictatorial. Señalando la progresiva concentración de poderes por el STF, en sincronía con la acentuada centralización política del poder ejecutivo federal, se fortificaron las competencias del STF relacionadas a los llamados asuntos constitucionales y los de interés nacional.

En efecto, hay que recordar que en ese período el orden constitucional estaba regulado por Actos de origen dictatorial y al STF le competía asegurar el respeto a estos actos normativos. El llamado “Paquete de Abril”, de 1977, instituyó la “Avocatória”, como marco más significativo de la centralización política y judicial atribuyendo al STF la posibilidad de suspender cualquier decisión judicial *a quo*, desde que se presentasen supuestas hipótesis “de grave lesión al orden, a la salud, a la seguridad o a los recursos públicos”. En este sentido, el STF podía eliminar cualquier decisión judicial que

¹⁶² RAMOS FIALHO MOREIRA, HELENA DELGADO. “*Poder judiciário no Brasil. Crise de eficiência*”. Juruá Editora. Curitiba. 2004. Pág. 62.

contrariara los actos del poder ejecutivo manteniéndole fuertemente centralizado.

Como se puede notar, la estructura y composición del poder judicial en Brasil estuvo al servicio de la concentración de los poderes dictatoriales e incluso el control de constitucionalidad no se dedicaba a garantizar derechos de los ciudadanos sino a asegurar las arbitrariedades del gobierno militar.

HELENA DELGADO recuerda que con la Constitución de 1988 se buscó resolver el problema de la sobrecarga de trabajo en los tribunales superiores y especialmente en el STF. Por lo tanto, fueron creados cinco Tribunales Regionales Federales, como órganos revisores de la justicia federal, y además el Superior Tribunal de Justicia (adelante STJ) que se encargaría de parte de las competencias originarias y recursales antes sometidas al Tribunal Federal de Recursos, lo cual estaba bajo la jurisdicción del STF.¹⁶³

La estructura judicial quedó distribuida entre la llamada justicia común, subdividida en la justicia estadual y federal, cada cual disponiendo de juzgados especiales para causas de bajo valor económico o bajo potencial ofensivo; y además, la justicia especializada en temas de asuntos laborales, electorales y militares, esa última actuante tanto en jurisdicción federal cuanto en la estadual.¹⁶⁴

En efecto, alegan los autores que el alargamiento de las vías de protección de derechos referentes a las formas colectivas de protección y la ampliación de los legitimados para proponerlas, como los partidos políticos y las asociaciones constituidas y funcionando hace más de un año, proporcionó juntamente con el amplio rol de derechos subjetivos previstos en la llamada “Constitución Ciudadana” una cierta sobrecarga al sistema judicial que nunca

¹⁶³ *Ibíd.* Pág. 65.

¹⁶⁴ No olvidemos que el Estado brasileño se erige sobre la formación federal donde comparten competencias los Estados Miembros Federados y la Unión Federal, conforme se las regula la Constitución Federal de 1988. De ese modo, le incumbirá a la justicia estadual todo lo que no esté reservado a la justicia federal por interés del mantenimiento del pacto federativo. Tanto la justicia común como las especializadas cuentan con sus tribunales ordinarios de apelación, pero en caso de revisión especial, que se adecuan a las competencias del STJ, ese actuará como tribunal de tercera instancia en la justicia común.

estuvo estructurado satisfactoriamente. Del mismo modo, la ampliación de los legitimados en el control concentrado de constitucionalidad para el Colegio Federal de Abogados, partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y Confederaciones Sindicales concedió innegable dimensión política que se traduce en vía de interposiciones de insurrecciones institucionales al STF.¹⁶⁵

En atención al tema de la ampliación de las garantías de derechos sean por las acciones constitucionales sea por el control de constitucionalidad debemos subrayar que el problema que se pone de manifiesto en el sistema judicial brasileño es que con ocasión de la reforma constitucional democrática de 1988 no hubo una modificación sustancial en el STF que le transformara en Corte Constitucional. De ese modo, el Supremo Tribunal siguió acumulando competencias más allá de sus posibilidades lo que no parece ser suficiente argumento para dejar de firmar la democracia y garantizar derechos a los ciudadanos. El problema de la sobrecarga del STF sobrepasa, antes de todo, por la necesidad de una reforma estructural en el sistema judicial brasileño que permita a un órgano supremo encargarse satisfactoriamente de la jurisdicción constitucional, lo que no parece haber sido logrado con la Enmienda 45 de 2004.

En esa línea no podemos dejar de analizar que la histórica concentración de poderes en el STF terminó por influenciar al constituyente originario de 1988 en seguir el camino de la concentración de competencias, lo que aún bajo las prescripciones de una Constitución democrática viene representando el refuerzo del poder ejecutivo, responsable por la indicación de los Ministros del STF, que serán elegidos por afinidad partidaria, aunque no debiera ser así, ya que los mismos Ministros indicados por el Presidente serán los que controlarán la estabilidad de las políticas públicas, especialmente aquellas de fuerte rasgo intervencionista o de impacto tributario.¹⁶⁶

La centralización de poderes por el gobierno federal impuso en la misma medida la concentración del control de constitucionalidad en la instancia

¹⁶⁵ RAMOS FIALHO MOREIRA, HELENA DELGADO. *“Poder judiciário no Brasil. Crise de Eficiência”*. Juruá Editora. Curitiba. 2004. Ob. Cit. Pág. 69

¹⁶⁶ ARRUDA PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

máxima del poder judicial brasileño, representado por el STF, ya que la lógica del funcionamiento del control difuso de constitucionalidad sería incompatible con la lógica de un ejecutivo fuerte.

Por lo tanto, la súper aglutinación de poderes en la concentración del control de constitucionalidad y en la indicación política de los Ministros, por el Presidente de la República, no supone el adecuado equilibrio entre las fuerzas políticas del Estado, aunque la aprobación final sea hecha por el Senado Federal, pues se nota la progresiva aproximación entre los poderes, rompiendo con las bases teóricas de la separación de poderes prevista por MONTESQUIEU¹⁶⁷. Ejemplo significativo de lo expuesto es la falta de control constitucional por el STF de las “Medidas Provisorias”, que son actos normativos emitidos por el poder ejecutivo y que deberían estar revestidas de urgencia y relevancia, conceptos esos que no fueron suficientemente amarrados por el STF.¹⁶⁸

En lo que respecta a la estructura funcional del Tribunal Supremo restará regulada en la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (adelante LOMN) la cual establece en el artículo 2º, en el mismo sentido del artículo 101 de la Constitución Federal de 1988 (adelante CF/88), que el Supremo Tribunal Federal está compuesto por once ministros que ocupan esta función con carácter vitalicio, estando prohibido el asiento en el Tribunal de parientes y aliados hasta el tercer grado de parentesco.¹⁶⁹

¹⁶⁷ MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT. “*Del espíritu de las leyes*”. Alianza. Madrid. 2003.

¹⁶⁸ RAMOS FIALHO MOREIRA, HELENA DELGADO. “*Poder judiciário no Brasil. Crise de eficiência*”. Juruá Editora. Curitiba. 2004. Ob. Cit. Pág. 71-73.

¹⁶⁹ LOMN. Art.2 -*El Tribunal Supremo Federal, con sede en la Capital de la Unión y jurisdicción en todo el territorio nacional, está compuesto por once ministros vitalicios, nombrados por el Presidente de la República, después de aprobada la elección por el Senado Federal, entre los ciudadanos con más de treinta y cinco años y de notable saber legal y reputación intachable. CF/88. Art. 101 . El Tribunal Supremo Federal se compone de once ministros, elegidos entre los ciudadanos con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años de edad, de notable saber legal e intachable reputación. Párrafo único. Los Ministros de la Corte Suprema Federal serán nombrados por el Presidente de la República, después de aprobada la elección por mayoría absoluta del Senado Federal.*

Como señala el párrafo único del artículo 101 de la CF/88, el Presidente de la República nombra a los Ministros del STF, después de la aprobación por mayoría absoluta del Senado. Según el mismo artículo los nombrados deben cumplir los siguientes requisitos: más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años; notables conocimientos jurídicos; y reputación intachable.

El Presidente y el Vicepresidente son elegidos por los once ministros del STF segundo el art. 2º, párrafo 1º, del Reglamento Interno del STF (adelante RISTF). El plazo de vigencia de los cargos es de dos años, sin derecho a reelección en el período inmediatamente subsecuente, en los términos del artículo 12 del RISTF.

Son órganos de la Corte Suprema: el Pleno, las Salas y el Presidente. En las actividades del Pleno es obligatoria la presencia de todos los Ministros para la toma de decisiones. Las Salas, a su vez, están compuestas por cinco ministros. El grupo es presidido por el Ministro más antiguo entre sus miembros para un período de un año, sin prórroga, hasta que todos sus miembros hayan ejercido la Presidencia, observando el orden decreciente de antigüedad.¹⁷⁰

Cumple a la Secretaría del Tribunal realizar servicios administrativos y judiciales, por coordinación del Director General, nombrado por el Presidente, tras la aprobación por la mayoría absoluta de la Corte.¹⁷¹ Le incumbe al

¹⁷⁰ Art. 3º. Son órganos del Tribunal el Pleno, las Salas y el Presidente. Art. 4 Las Salas se componen de cinco ministros. § 1º El grupo es presidido por el Ministro más antiguo entre sus miembros para un período de un año, sin extensión, hasta que todos sus miembros hayan ejercido la Presidencia, observando el orden decreciente de antigüedad. § 2º Es facultad del más antiguo Ministro rechazar la Presidencia siempre que lo haga antes de la proclamación de su elección.

¹⁷¹ Art. 355. A la Secretaria del tribunal incumbe la ejecución administrativa y judicial de servicios y está coordinada por el Director General, con título universitario en derecho, administración, economía o contabilidad, nombrado por el Presidente, de conformidad con la ley, después de la aprobación por una mayoría absoluta de la Corte, en votación secreta. (...) § 3 Además de las obligaciones establecidas en las normas de la Secretaría, cumple al Director General: presentar un informe al Presidente con todas las peticiones y documentos de la Corte; b) mantener bajo su supervisión directa y permanentemente, la actualización de la situación funcional de los Ministros; c) mantener bajo su custodia el sello de la Corte.

Director presentar todas las peticiones y documentos dirigidos al Presidente; supervisar directamente la situación funcional de los Ministros; y mantener la custodia del sello de la Corte.

Las sesiones pueden ser ordinarias o extraordinarias (art. 123 y párrafos 1º y 2º del RISTF), en general son de carácter público, transmitidas por la televisión de justicia y por la radio justicia, excepto cuando se trata de sesiones secretas (art. 153 RISTF), que pueden darse tanto en el Pleno cuanto en la Salas (art. 124 RISTF).

En el caso de los procesos conexos se puede hacer un juicio común, destacando las particularidades de cada caso, con similares controversias jurídicas, que tendrán una misma sentencia. Si hubiere más de un Relator, bastará que presenten el informe por separado, indicando las particularidades de los procesos bajo su decisión, anticipándose a la sección que dictará el juicio de la sentencia.¹⁷²

2.2. EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LAS SALAS Y EL PLENO.

2.2.1. La responsabilidad de la sesión plenaria.

Conforme se puede apreciar la estructura judicial en Brasil no adoptó una auténtica Corte Constitucional. El STF, por lo tanto, acumula competencias ordinarias de procesamiento, civil, administrativo y penal, además de las competencias típicas de la jurisdicción constitucional que nos interesa en ese trabajo.

¹⁷² Art. 126. Los procesos relacionados pueden ser objeto de un juicio justo. Párrafo único. Si hubiere más de un Relator, los informes se efectuarán en sucesión, antes del debate y el juicio. Art. 127. Pueden ser juzgados conjuntamente los procesos que se refieran a la misma cuestión jurídica, aun que presenten peculiaridades. Párrafo único. En la hipótesis de este artículo, los sucesivos informes se referirán a lo anterior, indicando las peculiaridades del caso.

Por razones de mejor comprensión del tema haremos un breve análisis del reparto de competencias entre el Pleno y las Salas para, en el apartado siguiente, profundizar en el estudio de las competencias específicas de la jurisdicción constitucional marcadas por el control de constitucionalidad y las consecuencias oriundas de las transformaciones que ha sufrido el sistema plural de control de constitucionalidad en Brasil, en los términos defendidos por LUCIO PEGORARO.¹⁷³

En el artículo 5º del RISTF se presentan competencias originarias de la sesión plenaria que será competente para conocer de: los delitos comunes de los altos puestos de los funcionarios de la República; las controversias entre Estados extranjeros o de organizaciones internacionales y de la Unión, las controversias entre los Estados, el Distrito Federal o los territorios; los conflictos entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los territorios o entre unos y otros, incluyendo sus órganos de administración indirecta; los Mandatos de Seguridad contra los actos del Presidente de la República, ejecutivos de la Cámara y del Senado, del Supremo Tribunal Federal y del Consejo Nacional de Justicia, así como los impetrados por la Unión contra los actos de los gobiernos de los estados federados, y aún los impetrados por un estado federado contra otro; la declaración de suspensión de los derechos previstos en el artículo 154 de la Constitución; la petición de la Fiscalía General de la República para el juicio de inconstitucionalidad o interpretación de ley o acto normativo federal o estatal; la solicitud de intervención federal en los estados miembros sujetos a la jurisdicción del Tribunal Superior Electoral previsto en el artículo 11, párrafo 1º, *b*, de la Constitución; la solicitud de avocación de las causas relevantes a que se refiere el art. 119, I, *o*, de la Constitución; y la petición de medidas cautelares solicitadas por el Fiscal General de la República.¹⁷⁴

Siguen en el artículo 6º del RISTF las competencias originarias plenaria para juzgamiento por el STF en los siguientes casos: el hábeas corpus, en que figuren, como infractores o beneficiarios, el Presidente de la República, la Cámara, el Senado, el propio Supremo Tribunal Federal o

¹⁷³ PEGORARO, LUCIO. *“La justicia constitucional. Una perspectiva comparada”*. Dykinson. Madrid. 2004. Ob. Cit.

¹⁷⁴ Todas las acciones constitucionales descritas en las competencias del Pleno y de las Salas serán tratadas detalladamente en apartado específico.

cualquiera de sus ministros, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Fiscalía General de la República, el Tribunal Superior Electoral, y aún cuando la coacción ocurra en los casos del art. 129, § 2º, de la Constitución, bien como cuando se refirieren a la extradición solicitada por un Estado extranjero; la revisión penal de sus sentencias; las acciones rescisorias de sus decisiones; la “Reclamación” con la cual se pretende preservar la autoridad de las decisiones del STF; las peticiones de trasposos de los procesos por cercanía personal de los ministros con las causas o las partes involucradas; el “Agravo Regimental” contra acto del Presidente y decisión denegatoria del Relator en procesos bajo su juzgado.

En el apartado segundo del artículo 6º del RISTF el normativo prevé las competencias del Pleno para juzgamiento en Recurso Ordinario de: hábeas corpus denegado por el Tribunal Superior Electoral o por el Tribunal Superior Militar en los casos de art. 129, párrafo 2º, de la Constitución; y, juzgamiento, en grado de embargos, de los procesos decididos por el Pleno o por las Salas, en los casos previstos en el RISTF.

La redacción dada por la CF/88 y por la Enmienda 23/1999 trasladó al Superior Tribunal de Justicia las demás competencias, antes previstas en el artículo 6º del RISTF, referentes a los hábeas corpus en el cual fuera infractor un Ministro de estado; las causas en fueren partes estados extranjeros o órganos internacionales, por un lado, y de otro lado municipio o persona domiciliada o residente en el país; bien como las acciones penales, juzgadas por el Tribunal Superior Militar, cuando el acusado fuere gobernador o secretario de estado, objetivando descargar el STF de dichas competencias.

Sin embargo, las reformas de reparto de competencias entre el STF y el Superior Tribunal de Justicia (adelante STJ) no lograran descargar la alta demanda de los procesos peticionados al Tribunal Supremo, conforme adelante analizaremos, aunque hayan sido desplazadas al STJ competencias anteriormente dictadas al recurso extraordinario del STF, por causa de la Enmienda 45/2004.

De otra parte, estarán las competencias administrativas reguladas en el artículo 7º del RISTF que le atribuyen la responsabilidad de injerencia funcional, típica de la independencia del poder judicial para elección de sus miembros, comisiones y reglamentos.

2.2.2. La responsabilidad de las Salas.

Serán competencias compartidas entre el Pleno y las Salas aquellas dispuestas en el artículo 8º del RISTF en los siguientes términos: juzgar el “Agravo Regimental” o el “Agravo de Instrumento”, los embargos de declaración y las medidas cautelares referentes a los procesos bajo su procesamiento; advertir y fiscalizar los jueces de las instancias inferiores condenándoles a las penalidades debidas, sin perjuicio de la competencia de fiscalización del Consejo Nacional de la Magistratura; homologar las renunciaciones de las partes o terceros interesados antes de la sesión de votación; y, denunciar a la autoridad competente cuando, en los autos o los documentos contenidos en el proceso, haya indicios de crímenes de acción pública.

Además, a la Salas les incumbirá, en los términos del artículo 9º del RISTF: el hábeas corpus, cuando el violador o el afectado fuere tribunal, funcionario o autoridad cuyos actos sean directamente subordinados a la jurisdicción del Supremo Tribunal Federal, y aún en el caso de delitos sujetos a la misma jurisdicción en única instancia, que no sean de competencia de la jurisdicción de la plenaria; los incidentes de ejecución que les fueren presentados en conformidad con el artículo 343, III, del RISTF; la Reclamación, respetada las hipótesis de jurisdicción del Pleno, dispuestas en el artículo art. 6, I, g (norma referente a los artículos 13 a 18 de la ley de 8.038/1990); los Mandatos de Seguridad contra los actos del Tribunal de Cuentas, el Fiscal-General de la República y el Consejo Nacional de la Fiscalía; los Mandatos de Injunción contra actos del Tribunal de Cuentas y de los Tribunales Superiores; el Hábeas Data contra actos del Tribunal de Cuentas y del Fiscal-General de la República; la extradición solicitada por el estado en el extranjero; y, la acción penal en los casos del art. 129, § 1º, de la Constitución, con excepción de la hipótesis prevista en el artículo 6º, III, c.

Todas esas tareas se suman al procesamiento de las acciones constitucionales de garantías específicas de derechos y a los procesos de control de constitucionalidad, todo eso bajo la competencia única de once ministros, lo que claro resulta en una ineficiencia de capacidad para operar buenos resultados en la guardia y custodia de la Constitución.

2.3. EL ESCENARIO DE LA CRISIS DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL.

En diciembre de 1992 el STF envió al Congreso Nacional un proyecto de ley complementaria disponiendo sobre el Estatuto de la Magistratura estableciendo vencimientos, derechos, deberes, prohibiciones y régimen disciplinar, además de trazar los principios básicos del poder judicial referentes a la organización judicial, funcionamiento de sus órganos y motivación de sus decisiones, todo ampliamente debatido con Comisiones compuestas por jueces y abogados. A dicho efecto sectores de la doctrina cuestionaron la amplitud de la reforma constitucional reivindicada y a pesar del escenario de la llamada crisis del poder judicial la consideraron innecesaria en aquel período. Pasados algunos años el tema supuso nuevas discusiones debido al agravamiento de la sobrecarga del STF que culminó en la enmienda constitucional nº 45 de 2004.¹⁷⁵

En un interesante estudio JOSÉ EDUARDO FARIAS presenta dos facetas del escenario de la crisis en el cual se sitúa la justicia brasileña: la crisis de eficiencia y la crisis de identidad. La primera es identificada por el desequilibrio entre la demanda social y la oferta estatal de servicios judiciales que supone un déficit cuantitativo y cualitativo, dimensionado en razón de la morosidad de la prestación jurisdiccional; y la segunda se identificaría con la dificultad que encontraría el judiciario brasileño para actuar como mediador de conflictos cada vez más complejos, especialmente por disponer de normas anticuadas y contar con una interpretación de reducido alcance desarrollada por los tribunales.¹⁷⁶

¹⁷⁵ DE ALMEIDA MELO, JOSÉ TARCÍSIO. *“Reformas: administrativa, previdenciária, do judiciário”*. Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Págs. 341-343.

¹⁷⁶ FARIA, JOSÉ EDUARDO. *“O poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de judicial comparada”*. En: Revista da AJUFE, a. 19, n. 64. Jul/Set/2000. Pág. 11.

Estas dificultades fueron objeto de propuestas de reformas legislativas, las cuales se podrían identificar en tres principales grupos: corporativo-conservadoras; judiciales democráticas; y judiciales mínimas.¹⁷⁷

La tendencia corporativo-conservadora apostaba en una diagnosis restrictiva de la crisis judicial creyendo que se podrían solucionar los problemas con ajustes en la organización judicial y en las reglas procesales, mediante mayor aporte financiero que permitiera la modernización de los servicios agilizando la prestación jurisdiccional, sin que ello implicase cambios fundamentales en la estructura vigente.¹⁷⁸

Los adeptos del poder judicial democrático requerían un sistema judicial debidamente estructurado considerando que las deficiencias del modelo actual conducirían a un aislamiento de la magistratura acerca de la realidad político-social donde están presentes los conflictos, tornándole inhábil para actuar en la transformación de la sociedad. Esa corriente repudiaba la concentración del control de constitucionalidad y la cristalización de la jurisprudencia en los órganos de la cúpula del sistema judicial, que se ejemplifican con los sumarios vinculantes y demás instrumentos de vinculación formal de la jurisprudencia. Defendían el fortalecimiento de la independencia de los jueces criticando el modelo organizacional-jerárquico y sostenían la democratización en la composición de los órganos dirigentes del poder judicial.¹⁷⁹

A su vez, la visión del poder judicial mínimo defendía un proyecto neoliberal de reforma en el cual incumbiría a la justicia garantizar la gobernabilidad y el crecimiento económico del país, incentivados por la garantía de mayor efectividad de los contratos privados evitando distorsiones en los precios y adecuada distribución de recursos con los cuales se regularía naturalmente la sociedad. El equilibrio estaría en permitir la flexibilidad necesaria para que el gobierno manejase sus políticas económicas al mismo tiempo que garantizase al empresario privado la seguridad de no estar sometido a eventuales oportunismos gubernamentales. Uno de los rasgos de

¹⁷⁷ RAMOS FIALHO MOREIRA, HELENA DELGADO. *"Poder judiciário no Brasil. Crise de eficiência"*. Juruá Editora. Curitiba. 2004. Ob. Cit. Pág. 112.

¹⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 113.

¹⁷⁹ *Ídem.* Pág. 114.

eso modelo es evidenciado por las propuestas tendentes a la concentración de poderes en el poder judicial con una vinculación formal del control de constitucionalidad y un evidente ejercicio del control político por los jueces.¹⁸⁰

Todos esos clamores fueron evidenciados con ocasión de las discusiones acerca de la propuesta legislativa de reforma del poder judicial que terminó formalizada, en último grado, por la Enmienda Constitucional nº 45 de 2004.

El trámite de la reforma tardó más de diez años en el Congreso Nacional habiendo sido propuesta en primera versión, en 1992, por el diputado Hélio Bicudo, del Partido de los Trabajadores, y a partir de ahí sucedieron varias enmiendas tanto en la Cámara de los Diputados como en el Senado Federal, a empezar por los debates de la revisión constitucional de los años 1993 y 1994, con la propuesta del diputado Nelson Jobim. En 1995 fue instalada una Comisión Especial de Reforma del Poder Judicial que observó las propuestas del diputado Jairo Carneiro, pero no hubo suficiente apoyo para que impartieran la reforma. El tema fue puesto de relieve una vez más en 1999 cuando fue instalada una Comisión Parlamentaria de Investigación, por el Senado Federal, para apurar denuncias de corrupción en el sistema judicial como modo de contestar a la sociedad sobre la moralización de dicho sistema.

JOSÉ EDUARDO FARIA analizando la crisis de la justicia en el contexto socioeconómico brasileño afirma que dicha crisis se traduce por la ineficiencia con la cual el judiciario desempeña tres funciones básicas: la instrumental, la política y la simbólica. Para la primera el poder judicial es el principal *locus* de resolución de conflictos. Para la segunda él ejerce un papel decisivo como mecanismo de control social haciendo cumplir derechos y obligaciones, reforzando estructuras de poder y asegurando la integración de la sociedad. Para la tercera disemina los sentidos de equidad y justicia en la vida social, socializa las expectativas de los intérpretes del orden jurídico y regula patrones vigentes de legitimidad en la vida política.¹⁸¹

¹⁸⁰ Ídem. Pág. 115-116.

¹⁸¹ FARIA, JOSÉ EDUARDO. "A crise do judiciário no Brasil". En: *Independência dos Juizes no Brasil. Aspectos Relevantes, Casos e Recomendações*. MNDH/NE e GAJOP. Recife. 2005. Pág. 24.

El citado autor defiende que la ineficiencia del poder judicial en esos tres aspectos parte de la incompatibilidad estructural entre su modo de ordenación y la realidad socioeconómica sobre la cual se debe actuar. En términos históricos el sistema brasileño está involucrado por un intrincado sistema de plazos, recursos e instancias que organizan el poder judicial como un sistema burocratizado de procedimientos escritos. Destaca que al obligar el Estado a tener responsabilidad fiscal y proceder a recortes de gastos financieros es acusado de “judicializar” la política, con lo que reaccionan los demás poderes. En ese sentido, aduce el autor que presionado por contingencias que desafían su autoridad y estando condicionado por fuerzas políticas que influyen en su trabajo, se notarán las incongruencias de su funcionamiento con las cuales se acentúa la crisis.¹⁸²

Parte de la doctrina va a sostener que las medidas orientadoras de la reforma del sistema de justicia se encuentra en la reconstrucción en nivel constitucional del reparto de competencias federales optándose por un nuevo equilibrio entre las competencias legislativas y la preservación de un sistema de justicia autónomo, pues la politización del juez deriva del hecho de que se solucionan litigios aplicando normas que son conductoras de valores y expresiones de poder.¹⁸³

Entre todos los debates sobre el tema ROGÉRIO ARANTES identifica cuatro grupos más relevantes que aportaron discusiones para el proyecto de reforma: el gobierno federal y su bancada parlamentaria de apoyo; la oposición y los partidos de izquierda; la magistratura; y la Escuela de Abogados. Entre las discusiones estaban las ideas del dicho “poder judicial mínimo”; la intensificación de control sobre el poder judicial; y, la necesidad de ampliación y mejor estructuración del poder judicial. Con las cuales podemos asociar la identificación del primer grupo a la reforma del control de constitucionalidad y el refuerzo de la concentración de poderes en el STF. Por otro lado, el segundo grupo y la Escuela de Abogados reivindicaban la vigilancia social sobre los jueces por medio de un control externo que cobrase

¹⁸² *Ibíd.* Págs. 27-30.

¹⁸³ RIBEIRO LOPES, MAURICIO ANTONIO. “*Comentários à reforma administrativa*” Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Págs. 205-2011.

rigor en la actividad judicial, lo que al final fue traducido en el Consejo Nacional de Justicia, por la Enmienda 45, de 2004. Por fin, estaban los pleitos de agilidad en la prestación jurisdiccional surgidos por aportaciones de la magistratura que pedían mejores condiciones de trabajo por el incremento tecnológico y más nombramientos de jueces.¹⁸⁴

En el trayecto de las discusiones podemos destacar la Propuesta de Enmienda Constitucional (en adelante PEC) 96/92 que proponía la extinción de la Justicia Federal de 1º instancia, de la Justicia Militar y de la representación de clases en la Justicia del Trabajo e introducía la regla de la investidura temporal para los Ministros del STF y STJ, rompiendo con el carácter vitalicio.

La PEC 112/95, sin embargo, propuso la creación de un sistema de control externo del poder judicial, constituido por Consejos de Justicia en ámbito federal, estadual y distrital (en la sede de la capital federal brasileña: el Distrito Federal), dotados de competencia fiscalizadora de las actividades financieras, funcionales y éticas de la magistratura.

En crítica a las dos propuestas hubo afirmaciones de inconstitucionalidad de carácter formal por entenderse que las revisiones extrapolaban, en extensión del contenido, las propuestas originales, lo que estaría prohibido por el artículo 118, párrafo 4º del Reglamento Interno, estando incluso avanzando competencias exclusivas de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de los Diputados. El substitutivo de la propuesta contendría una serie de ofensas a la CF/88, infringiendo la cláusula pétrea del artículo 60, párrafo 4º, I, III y IV de la Constitución brasileña.¹⁸⁵

A su vez, la PEC 500/97 sugería alteraciones en el control de constitucionalidad proponiendo en la visión de parte de los juristas una concentración autoritaria de poder, concediendo al artículo 102, párrafo 2º, de la Constitución la vinculación formal de la jurisprudencia del STF, incluso a la Administración pública directa e indirecta. La siguiente PEC 517/97 traía la previsión de los sumarios vinculantes uniformizando la jurisprudencia del STF

¹⁸⁴ ARANTES BASTOS, ROGÉRIO. *“Consensos e dissensos na reforma constitucional do judiciário”*. En: Os Juízes e a Reforma do Judiciário. São Paulo. 2001.

¹⁸⁵ LIMA, JARBAS. *“A reforma do poder judiciário na Câmara dos Deputados”*. En: A Reforma do Poder Judiciário. Juruá Editora. Curitiba. 2000. Pág. 129.

para todo el poder judicial de modo que su no cumplimiento, tal como en la previsión del efecto vinculante en el control concentrado de constitucionalidad, autorizaría el uso de la “Reclamación” para preservar la autoridad de sus juzgados. En los debates, suscitaban la inconstitucionalidad de dichos preceptos por violación del Pacto Federativo y ofensa al artículo 60 de la CF/88, bien como inobservancia del principio de la legalidad por substraer la prerrogativa legislativa del poder legislativo al prever la edición de normas en los sumarios vinculantes creados por el poder judicial.¹⁸⁶.

Lo cierto es que la expresión final de la propuesta de reforma que fue realizada por el poder legislativo concilió las propuestas del gobierno, de reforzamiento de la vinculación formal de la jurisprudencia y concentración de poderes en el STF, al mismo tiempo que instituyó el Consejo Nacional de Justicia con competencia de control externo de las actividades del poder judicial, conforme exigía la oposición. Cuanto a la reestructuración del poder judicial no hubo cambio significativo, pudiéndose afirmar que la deficiente estructura del poder judicial, en materia de ejercicio de la jurisdicción constitucional, sigue sin la adecuada reestructuración padeciendo por la falta de una Corte Constitucional en Brasil o como solución alternativa una grande limitación de las competencias del STF en asuntos ajenos a la jurisdicción constitucional.

Conforme se notará las principales vías de la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos fundamentales en Brasil son las acciones constitucionales específicas, las cuales analizaremos a continuación; y el control de constitucionalidad, con especial énfasis en el control a partir de los casos concretos, dónde se puede observar violaciones efectivas y repararles las ofensas. Objetivando estudiar dichas categorías jurídicas y los encauces de la pluralización del sistema de constitucionalidad en Brasil, buscaremos comprender como el sistema judicial brasileño está configurado para garantizar derechos, bien como analizar cuales los efectos del modelo adoptado.

¹⁸⁶ POTTES DE MELLO, AYMORÉ ROQUE. “A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileiro: As PEC’s 500/97, PEC 54/96-SF e 517/97”. En: A Reforma do Poder Judiciário. Juruá Editora. Curitiba. 2000. Págs. 83-86.

2.4. LAS VÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN BRASIL POR LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES.

Hemos observado que en Brasil el control jurisdiccional de constitucionalidad se configura como un sistema mixto que combina el control concentrado y el control difuso. Respecto a éste último, los particulares poseen legitimidad para petitionar la verificación de inconstitucionalidad a partir de un caso concreto, cuando se trate de una cuestión prejudicial que incide sobre su demanda judicial en el proceso ordinario. Significa decir que, al contrario del ordenamiento español, los ciudadanos pueden obtener la tutela de sus derechos fundamentales por medio del control difuso de inconstitucionalidad a partir de la demanda de la parte interesada. Además de este procedimiento, que proporciona conjuntamente la verificación de inconstitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales, hay otros mecanismos destinados a proteger ciertos derechos individuales y colectivos como imperativo de la norma constitucional. Verificaremos a continuación cada uno de ellos, observado su caracterización, objeto, legitimidad, competencia y efectos de la sentencia.

2.4.1. El Habeas Data.

La Ley nº 9.507/1997, que regula el derecho de acceso a las informaciones y dispone acerca del procedimiento del Habeas Data, disciplinó el artículo 5º, LXXII, de la Constitución brasileña, disponiendo que será concedido Habeas Data para: a) asegurar el conocimiento de informaciones relativas al impetrante, que consten en registro o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso sigiloso, judicial o administrativo.

Dicha medida jurídica es la forma de ejercer y de garantizar los derechos a la intimidad, y, de forma más amplia, el derecho de información. Relacionados con estos derechos podemos observar, especialmente, los descritos en artículo 5º, en sus incisos X (son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor, y la imagen de personas, asegurado el derecho de

indemnización por el daño material o moral que cause la violación); XIV (se asegura a todos el acceso a la información y se resguarda el sigilo de la fuente, en cuanto sea necesario para el ejercicio profesional). En efecto, el Habeas Data debe ser entendido e interpretado como mecanismo de realización y concreción de los derechos materiales de los citados preceptos y por todo el sistema constitucional.¹⁸⁷

El artículo 7º, de la Ley nº 9.507/97 repite la previsión del artículo 5º, LXXII, de la Constitución y aporta un tercer dispositivo como se aprecia en su redacción:

“Se concederá Habeas Data:

- 1. Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en el registro o banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público.*
- 2. Para rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso sigiloso, judicial o administrativo.*
- 3. Para la anotación en los asientos del interesado, de contestación o explicación sobre dato verdadero, pero justificable y que esté bajo pendencia judicial o amigable”.*

La ampliación del objeto de esta medida constitucional no vulnera el alcance y amplitud del artículo 5º, LXXII, de la Constitución, por ser complemento del derecho y garantía previsto en menor amplitud en la Carta Magna, pues no hay precepto prohibitivo de la ampliación de dicho objeto en la Constitución brasileña. SCARPINELLA BUENO subraya que en la previsión del párrafo único del artículo 1º, de la Ley nº 9.507/97, se trata de la naturaleza de las informaciones que pueden ser obtenidas, rectificadas o anotadas por el Habeas Data, pues se considera de carácter público todo registro o banco de

¹⁸⁷ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *“Habeas Data”*. En: *Ações constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Pág. 47.

datos que contenga informaciones que sean o que puedan ser transmitidas a terceros o que no sean de uso privativo del órgano o entidad productora o depositaria de las informaciones. Es decir, que el carácter público de las informaciones no coincide con el carácter público (estatal) del órgano que las detente. Por ello, es indiferente que la persona que detenta las informaciones sea persona de derecho público o de derecho privado, sino que se hace necesaria la observancia del carácter público de la información.¹⁸⁸

De este modo, resultan caracterizados los siguientes requisitos del Habeas Data, extraídos del análisis de la previsión constitucional:

- 1. Se trata de una sentencia imperativa (que emite una orden).*
- 2. Intenta la obtención o rectificación de informaciones relativas a la persona del impetrante.*
- 3. Tales informaciones deben constar de registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público.*
- 4. Que estén en posesión directa de entidades gubernamentales de cualquier esfera o de entidades de carácter público.*

En cambio no podrá impetrarse el Habeas Data en los siguientes casos:

- 1. Si se trata de datos de interés colectivo o general.*
- 2. Si el sigilo fuere necesario por el interés público.*
- 3. Si fueren prestadas las informaciones y procedidas las rectificaciones.*
- 4. Si, previamente, no fueren solicitadas las informaciones o certificaciones ante el detentador de las informaciones*¹⁸⁹

¹⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 50.

¹⁸⁹ DA SILVA PACHECO, JOSÉ. "O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas". Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. Págs. 356; 363.

Se concluye, por lo tanto, que respecto a la legitimación activa, el derecho de impetrar el Habeas Data es personalísimo, a pesar de que el Supremo Tribunal Federal ya reconoció la legitimidad al heredero o cónyuge, en carácter excepcional. Los legitimados pasivos son los órganos de la Administración Pública directa e indirecta, así como las persona privadas que presten servicios públicos o de utilidad pública o presten servicios al público, como por ejemplo, los servicios de protección al crédito.¹⁹⁰

Sin embargo, en la expresión “*entidades gubernamentales*” utilizada por el constituyente, ya están incluidos los órganos de la administración directa e indirecta. A su vez, la expresión “*entidades de carácter público*”, se refiere a las entidades y personas jurídicas privadas que presten servicios para el público o de interés público, incluyéndose los concesionarios, permisionarios o los que ejercen actividades autorizadas, y los agentes de control y protección de situaciones sociales o colectivas, como por ejemplo, las divulgadoras profesionales de datos personales (empresas de asesoramiento y divulgación de informaciones).¹⁹¹

La competencia jurisdiccional para el juzgamiento del Habeas Data es definida por el *status* de la “autoridad” que tiene el deber de prestar, rectificar o complementar las informaciones, conforme se deduce del artículo 20, de la Ley nº 9.507/97, que dispone la competencia del Habeas Data, originariamente, al Supremo Tribunal Federal, contra los actos del Presidente de la República, de las mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión (Gobierno federal), del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal; al Superior Tribunal de Justicia, contra los actos de los Ministros de Estado y del propio Tribunal; a los jueces federales, contra acto de autoridad federal, excepto los casos de competencia de los Tribunales federales; a los Tribunales estatales,

¹⁹⁰ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira.*” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Págs. 276-277.

¹⁹¹ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. “*Habeas Data*”. En: *Ações constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 62.

según lo previsto en la Constitución de los Estados federados; al juez estatal en los demás casos.¹⁹²

En la decisión estimatoria de la petición de Habeas Data, el juez marcará fecha y hora para que el legitimado pasivo presente al impetrante las informaciones a su respecto. De la decisión cabe recurso sin efecto suspensivo (artículo 15 y párrafo único de la Ley nº 9. 507/97). Los procesos de Habeas Data tienen prioridad sobre los actos judiciales a excepción del Habeas Corpus y del Mandato de Seguridad, debiendo ser apreciado en el primer juicio siguiente a su recibimiento (artículo 19 y párrafo único).¹⁹³ La sentencia estimatoria del Habeas Data se configura como una orden que, si no es cumplida, puede dar lugar al delito de desobediencia (artículo 330 del Código Penal).¹⁹⁴

2.4.2. El Mandato de Injunción.

Para que se justifique el Mandato de Injunción es necesario que ocurra acumulativamente, a tenor del artículo 5º, LXXI, de la Constitución, tanto la omisión legislativa que reglamente el ejercicio de derechos y libertades aseguradas constitucionalmente o suceda omisión legislativa para dar efectividad de prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía; como, que el dispositivo carezca de norma reguladora, impidiendo el ejercicio por el titular de la garantía constitucional acerca de la libertad y derechos, o de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía.¹⁹⁵

El Mandato de Injunción fue creado por el constituyente de 1988 en respuesta a la necesidad de buscar una mayor efectividad de las normas

¹⁹² *Ibíd.* Pág. 83.

¹⁹³ DA SILVA PACHECO, JOSÉ. “*O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. Ob. Cit. Pág. 373.

¹⁹⁴ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*.” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 278.

¹⁹⁵ REIS MAZZEI, RODRIGO. “*Mandado de injunção*”. En: *Ações constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Pág. 145.

constitucionales. La vía procesal reguladora de esta medida jurídica seguirá un rito sumario, con agilidad en el plano temporal, según dispone la Ley nº 1.533/51, que por adaptación se rige conforme se determina la Ley nº 8.038/1990, siendo obligado observar el mismo rito del Mandato de Seguridad dispuesto en aquella ley.¹⁹⁶

El Mandato de Injunción tiene un fundamento ético idéntico al *writ of injunction* anglo-americano exigiendo la aplicabilidad de la justicia por equidad, proporcionando que la decisión del juez sea un aparato de integración entre la omisión pública y el ciudadano en el caso concreto. En efecto, se debe entender que el alcance del Mandato de Injunción se extiende a la protección de todos los derechos constitucionalmente previstos, incluyendo los derechos sociales. A partir de esto, se pueden apuntar las siguientes finalidades de esta medida jurídica:

*“El Mandato de Injunción pretende el interés particular de los impetrantes, la obtención de normas que viabilicen el ejercicio de sus derechos. En última instancia pretende remover los obstáculos en el ejercicio de un derecho provocado por la ausencia de la norma reguladora. Su contenido útil depende del embate político-jurídico, pues es un derecho constitucional autónomo y no una simple vía procesal, ya que a través de él se va a substituir la ausencia de norma reguladora del Poder Legislativo omiso, por una decisión judicial”.*¹⁹⁷

Cabe subrayar que la ausencia de norma reguladora puede dar lugar tanto al Mandato de Injunción como a la acción de inconstitucionalidad de omisión. Éste se presta a reprender al legislador y determinarle que providencie en cumplimiento de la laguna legislativa; aquél deberá concretar el derecho por

¹⁹⁶ Para más informaciones sobre el concepto de Mandato de Injunción, véase: THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *“Mandado de injunção”*. En: Mandado de Segurança e de Injunção. Editora Saraiva. São Paulo. 1990.

¹⁹⁷ QUARESMA, REGINA. *“O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e Prática”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1999. Pág. 58.

medio de la actividad judicial.¹⁹⁸ El Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, describió la diferencia entre ambas medidas jurídicas:

“La diferencia entre Mandato de Injunción y la acción de inconstitucionalidad por omisión, de competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal, es que en ésta la materia cuestionada es discutida en abstracto, y, una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión, será informado el poder competente para la adopción de las providencias necesarias. En el Mandato de Injunción, si el juez o tribunal reconoce que el derecho constitucional es ineficaz o inviable en razón de la ausencia de norma infraconstitucional, el órgano judicial hará la integración del derecho al orden jurídico, haciéndolo exequible.”¹⁹⁹

Además del Mandato de Injunción individual, la acreditada doctrina esclarece que la actual Constitución brasileña buscó atender a los deseos de la sociedad en el plano material, reforzando el ordenamiento jurídico procesal y concediendo gran importancia a los instrumentos de tutela colectiva. Partiendo de un análisis de su finalidad, se alcanza la conclusión de que el Mandato de Injunción está relacionado con los procesos colectivos permitiendo la articulación con los derechos de grupos, siendo útil a la protección de los derechos individuales homogéneos que se pueden demostrar vulnerados por la omisión verificada a partir del caso concreto.²⁰⁰

La naturaleza de la decisión en el Mandato de Injunción afronta un gran debate, con tres teorías que intentan explicarla. La primera de ellas es

¹⁹⁸ RUBENS COSTA, JOSÉ. “O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais”. En: Mandado de segurança e de injunção. Editora Saraiva. São Paulo. 1990. Pág. 442.

¹⁹⁹ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira.” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 251.

²⁰⁰ REIS MAZZEI, RODRIGO. “Mandado de injunção”. En: Ações constitucionais. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Págs.153-154.

denominada teoría de la subsidiariedad y sustenta que el Poder Judicial debe recomendar al poder omiso que elabore la legislación reguladora de la norma que necesita ser concretada. La crítica ha afirmado, respecto de la pérdida de función de la fuerza reguladora del Mandato de Injunción, que dejaría al ciudadano carente de protección en el ejercicio de sus derechos.²⁰¹

Para la teoría de la independencia jurisdiccional, la naturaleza de la sentencia proferida en el Mandato de Injunción debe poseer carácter constitutivo *erga omnes*, por lo cual el órgano judicial debería dictar una norma general, escapando a la reglamentación del caso concreto. La decisión judicial se extendería abstractamente a los que no solicitaron la tutela judicial, sustituyendo el órgano responsable por la edición de la norma ausente. Esta teoría recibe críticas en razón de que el Poder Judicial actúa como legislador positivo, lo que afecta al principio de la separación de poderes.²⁰²

La teoría más aceptada por la mayoría de los juristas es la teoría de la resolutiveidad, que considera la decisión final del Mandato de Injunción como constitutiva *inter partes*, en relación a la creación de la norma ausente. El órgano judicial demandado debe decidir el caso observando los principios constitucionales positivados y en la equidad, posibilitando una inmediata concreción del derecho. De esta forma, la norma que establece un derecho pero no regula su desarrollo impidiendo su aplicación podrá relacionarse con un procedimiento que permite la concreción del derecho subjetivo por medio de la actividad integradora del Poder Judicial.²⁰³

Por su parte, SILVA PACHECO desprende de tales teorías cinco orientaciones interpretativas que pueden combinarse entre sí:

- a) *La primera considera que la acción del Mandato de Injunción y la respectiva sentencia estimatoria trataría de crear la norma legal omisa,*

²⁰¹ QUARESMA, REGINA. "O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática". Editora Forense. Rio de Janeiro. 1999. Ob. Cit. Pág. 60.

²⁰² REIS MAZZEI, RODRIGO. "Mandado de injunção". En: Ações constitucionais. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 157.

²⁰³ *Ibíd.* Pág. 157.

substituyendo la actividad del órgano competente para hacerlo.

- b) La segunda pretende ordenar al órgano competente que dicte la norma elaborando el precepto normativo que concretará el derecho.*
- c) La tercera pretende la proposición de sentencia declaratoria de la omisión o condenatoria de una obligación de hacer, sujeta a la acción ordinaria.*
- d) La cuarta pretende obtener del juez la decisión para proteger el derecho reclamado, teniendo en cuenta los fines sociales, las exigencias del bien común y los principios constitucionales y generales del derecho.*
- e) La quinta interpretación combina la segunda y la cuarta, solicitando al órgano competente que regule la norma en cierto plazo, teniendo conocimiento de que si no se hace, el juez juzgará el caso concreto sometido a su decisión.²⁰⁴*

El citado autor defiende que la primera hipótesis interpretativa debe ser excluida, porque la Constitución prohíbe al Poder Judicial desempeñar actividad de legislador positivo. La segunda y tercera hipótesis no atenderían a los fines del Mandato de Injunción. La cuarta y quinta posibilidades serían las que mejor atenderían a los fines constitucionales.²⁰⁵

En efecto, BARROSO aduce que la mejor interpretación del Mandato de Injunción es entenderlo como un instrumento de tutela efectiva de derechos, en el cual el Poder Judicial concretice la falta de reglamentación creando la norma para el caso concreto, con efecto limitado a las partes del proceso. La

²⁰⁴ DA SILVA PACHECO, JOSÉ. “O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. Ob. Cit. Pág. 281.

²⁰⁵ Ob. Cit. Pág. 382.

función del Mandato de Injunción es hacer que la disposición constitucional sea aplicable a favor del impetrante.²⁰⁶

La legitimación activa es conferida al titular del derecho cuyo ejercicio está impedido por falta de norma reglamentaria. También las entidades de clase o de asociación y los sindicatos, sustituyendo procesalmente a sus miembros o afiliados podrán petitionar el Mandato de Injunción que se configurará como un Mandato de Injunción colectivo. Tratándose de intereses difusos o colectivos que deben ser protegidos, el Ministerio Público podrá promover el Mandato de Injunción, a tenor de la Ley Complementaria nº 75/93, artículo 6º, VIII.²⁰⁷

En cuanto a la legitimidad pasiva, es posible destacar dos vías de comprensión posible: la legitimidad pasiva recaería sobre la autoridad u órgano público al que se imputa la omisión, así como, a la parte privada o pública que debería soportar el encargo de eventual concesión del orden de injunción (si, por ejemplo, el Congreso omite regular un beneficio constitucional de los asegurados de la Seguridad Social, también será parte legítima en el polo pasivo, el Instituto Nacional de Seguridad Social, quien debería, en último caso, concretar la ausencia reglamentaria); en cambio, la legitimidad pasiva recaería sobre la parte que está obligada a integrar la norma y no lo hizo. Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, firmó el entendimiento de que la legitimación pasiva recae solamente sobre la autoridad u órgano omiso, sin incluir la parte privada o pública que niega la prestación.²⁰⁸

La sentencia estimatoria del Mandato de Injunción tendrá eficacia limitada en el plano temporal. Los efectos producidos por la sentencia son

²⁰⁶ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *“O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira.”* Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 252.

²⁰⁷ *Ibíd.* Pág. 256.

²⁰⁸ *Idem.* Pág. 257. Para ver las primeras decisiones del Supremo Tribunal Federal respecto de la legitimidad pasiva, véase: MARANHÃO PINTO, TÁCITO, L. *“O mandado de injunção: trajetória do instituto”*. Editora LTR. São Paulo. 1998.

transitorios, pues el Poder Judicial concreta el vacío de la legislación ausente solamente hasta que la materia cuestionada sea regulada por ley.²⁰⁹

En el mismo sentido se posiciona la doctrina mayoritaria que identifica en la sentencia del Mandato de Injunción una naturaleza constitutiva, a partir de la cual el juez creará la norma reguladora para el caso concreto, con eficacia *inter partes*, pero una vez desarrollado el precepto legislativo que asegure el derecho a la cosa juzgada de la sentencia pierde su contenido en razón de la transitoriedad de la medida en análisis.²¹⁰

2.4.3. Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental.

Este instituto denominado en Brasil como “*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*” es una creación brasileña, sin parangón en el Derecho comparado. Algunos autores lo identifican con institutos afines a éste, como el *writ of certiorari* del Derecho norteamericano que consiste en una petición dirigida a la Suprema Corte por cualquier parte de un proceso en curso ante otras instancias judiciales a fin de que aquélla examine determinada cuestión ya decidida o todavía pendiente de decisión, cuando existan importantes razones para ello. También se identifica con aspectos del *popularklage* del Derecho bávaro que se corresponde con una acción popular que se destina a la impugnación de leyes o reglamentos lesivos a los derechos fundamentales; así como a la *Beschwerde* austríaca instituida como un recurso constitucional, por medio del cual el particular puede impugnar directamente una ley violadora del derecho fundamental, desde que ha sido agotada la vía previa administrativa.²¹¹

Además, hay quienes lo identifican con el recurso de amparo español, por medio del cual cualquier ciudadano puede defender un derecho

²⁰⁹ REIS MAZZEI, RODRIGO. “*Mandado de injunção*”. En: *Ações constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 200.

²¹⁰ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*.” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 259.

²¹¹ DA CUNHA JUNIOR, DIRLEY. “*Arguição de descumprimento de preceito fundamental*”. En: *Ações constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Pág. 432.

fundamental ante el Tribunal Constitucional por la violación originada por un acto del poder público, después de haber agotado la vía judicial previa. Se destaca también la similitud con el *Verfassungsbeschwerde* alemán, en el cual compete al Tribunal Constitucional Federal decidir sobre los recursos constitucionales interpuestos por cualquier ciudadano en la defensa de sus derechos fundamentales vulnerados por el poder público.²¹²

No obstante, y a pesar de la insistencia de la doctrina brasileña en relacionarlo con los institutos del Derecho comparado cabe subrayar, a partir de nuestro análisis acerca del instituto brasileño, que deben matizarse tales afirmaciones, pues hay grandes diferencias que han de ser consideradas, sobre todo, respecto de la legitimidad, y objeto de la Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental, conforme observaremos a continuación. Especialmente, en relación con el amparo español, se va a alejar la similitud entre los instrumentos de garantía constitucional por suponer, además de la garantía de los derechos fundamentales, también el control jurisdiccional de constitucionalidad, lo que no es posible en España por medio del amparo constitucional, así como la adopción de distintos criterios para el otorgamiento de la legitimidad en dichos procedimientos.

La Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental está prevista en la Ley nº 9.882/99, y de su articulado se desprenden dos tipos de procedimiento: la petición autónoma y la petición incidental. La petición autónoma constituye un típico proceso objetivo de control concentrado de constitucionalidad, debiendo ser utilizada cuando las otras clases de acciones en control concentrado de constitucionalidad no se revelen aptas para impedir la vulneración del precepto fundamental de la Constitución.²¹³

Por su parte, la petición incidental se presenta como un mecanismo destinado a provocar la apreciación del Supremo Tribunal Federal acerca de una controversia constitucional relevante, que esté siendo discutida en proceso sometido a cualquier juez o tribunal, cuando no exista otro medio apto para corregir la vulneración del precepto fundamental, pero sin entrar a examinar la

²¹² *Ibíd.* Pág. 433.

²¹³ SARMENTO, DANIEL. “*Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*”. En: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99*. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001. Pág. 87.

cuestión de mérito del caso concreto. En ambas clases, el objetivo de la medida en cuestión, es anticipar decisiones del Supremo Tribunal Federal sobre controversias constitucionales relevantes, que anteriormente llegarían a la Corte Suprema tras dificultosas vías recursales.²¹⁴

El artículo 4º, párrafo 1º, de la Ley nº 9.882/1999 afirma que la Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental sólo será posible cuando no haya cualquier otro medio eficaz de reparar la vulneración. Dicho precepto normativo revela la característica de subsidiariedad de este procedimiento. Sin embargo, la proposición anterior de una petición autónoma no impide medidas judiciales específicas (como el control difuso de inconstitucionalidad) acerca del asunto, que por su parte, estas medidas específicas tampoco impiden que se proponga la petición incidental, pero en caso del posible uso de ambas vías se recomienda el uso de ésta por su mayor agilidad. En lo pertinente a la especie autónoma, el carácter de subsidiariedad no plantea mayores problemas, pues en función de la jurisprudencia restrictiva del Supremo Tribunal Federal, en muchos casos no será posible proponer la acción directa de inconstitucionalidad y en este caso se sugiere que sea preferente la utilización de la Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental.²¹⁵

La Ley nº 9.882/1999, en su artículo 3º, solicita la comprobación del supuesto incumplimiento del precepto fundamental, como una de las condiciones de la acción. Además, la petición debe contener expresamente la indicación del precepto fundamental que se considera vulnerado por el acto estatal, que debe estar descrito en la solicitud de forma detallada.²¹⁶

El objeto de este procedimiento son los preceptos fundamentales de la Constitución, conforme hemos afirmado. Se puede conceptuar el precepto fundamental como toda norma constitucional que sirve de fundamento básico de conformación y preservación del orden jurídico y político del Estado. Se

²¹⁴ *Ibíd.* Pág. 88.

²¹⁵ CLAUDIUS ROTHENBURG, WALTER. “*Arguição de descumprimento de preceito fundamental*”. En: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei nº 9.882/99*. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001. Pág. 225.

²¹⁶ SEIXAS RIBEIRO BASTOS, CELSO. “*Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora*”. En: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99*. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001. Pág. 81.

caracteriza por expresar los valores supremos de una sociedad, siendo el núcleo central de la Constitución. Hay un cierto consenso doctrinario acerca de cuáles son tales preceptos:

1. *Los principios fundamentales del Título I de la Constitución, que fijan las estructuras básicas de la configuración política del Estado (artículos 1º al 4º).*
2. *Los derechos y garantías fundamentales que limitan la actuación de los poderes a favor de la dignidad de la persona (son los declarados en el catálogo expresado en el Título II, ante la apertura material proporcionada por el párrafo 2º, del artículo 5º y su párrafo 3º).*
3. *Los principios constitucionales sensibles, cuya observación por los Estados federados autoriza, incluso, la intervención federal.*
4. *La cláusulas pétreas, que funcionan como limitaciones materiales o sustanciales al poder de reforma constitucional, comprendidas las explícitas (artículo 60, párrafo 4º, I a IV) y las implícitas (que a pesar de no estar previstas expresamente, son inherentes al sistema de protección consagrado en la Constitución).²¹⁷*

Sin embargo, GILMAR MENDES defiende que aparte de los actos u omisiones de los poderes públicos debe incluirse también en el ámbito de vulneración de dichos derechos, el acto judicial de interpretación directa de un precepto fundamental que podrá contener una violación de la norma constitucional. En este caso, la controversia no tiene por base la legitimidad o no de una ley o de un acto normativo, si no recae en la legitimidad o

²¹⁷ DA CUNHA JUNIOR, DIRLEY. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. En: Ações constitucionais. Edições Podivm. Salvador. 2006. Pág. 443.

ilegitimidad de la interpretación constitucional, que en el ámbito del recurso extraordinario se presenta como un caso de decisión judicial que contraría directamente la Constitución (artículo 102, III, a).²¹⁸

El artículo 2º, de la Ley nº 9.882/1999, prevé como entes legitimados para proponer la Petición de incumplimiento de Precepto Fundamental los mismos legitimados que para las acciones declaratoria y directa de inconstitucionalidad, tales sean:

I – el Presidente de la República;

II – la Mesa del Senado Federal;

III – la Mesa de la Cámara de los Diputados;

IV – la Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal;

V – el Gobernador del Estado o del Distrito Federal;

VI – el Procurador-General de la República;

VII – el Consejo Federal de la Orden de Abogados del Brasil;

VIII – los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;

IX – la confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

§ 1º – El Procurador-General de la República deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal.

(...)

§ 3º – Cuando el Supremo Tribunal Federal aprecie la inconstitucionalidad, en tesis, de norma legal o acto

²¹⁸ FERREIRA MENDES, GILMAR. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”. En: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001. Pág. 143.

*normativo, citará, previamente, el Abogado-General de la Unión, que defenderá el acto o texto impugnado.*²¹⁹

Esta legitimación no ocasiona ningún problema para la modalidad autónoma de este procedimiento. En cambio, plantea serios problemas acerca de la legitimidad activa en la petición incidental. El proyecto inicial, que preveía la inclusión de cualquier persona detentadora de un derecho vulnerado como legitimada para proponer la petición, fue vetado por el Presidente de la República, reduciendo el alcance de la medida, pues conceder legitimidad solamente a las personas enumeradas en el artículo 103 de la Constitución, convierte en remota la utilización de la petición incidental, puesto que dichos entes legitimados tendrán mayor facilidad optando por la petición autónoma.

RAMOS TAVARES aduce que se hace imperativo intentar interpretaciones que permitan el desarrollo del precepto atendiendo a los fines de la protección constitucional. En este caso, sugiere dos posibilidades: a) la posibilidad de que el magistrado pueda, en determinadas circunstancias, accionar la jurisdicción superior adquiriendo legitimidad activa de oficio; b) la concesión de legitimidad a las partes del proceso para petitionar acerca de su derecho vulnerado. El citado autor defiende una ampliación para el uso de la segunda hipótesis, evitando de este modo, el monopolio del juez.²²⁰

La competencia para el procesamiento del pleito es exclusiva del Supremo Tribunal Federal, bien sea en petición autónoma, bien sea en petición incidental.²²¹

La decisión en este procedimiento adquiere capacidad de modulación de efectos, disciplinando la eficacia temporal de los efectos de inconstitucionalidad, a tenor del artículo 11, de la Ley nº 9.882/1999. Además, las sentencias tienen eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, tal y como están

²¹⁹ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “*Constituição 1988*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso: 23 de enero de 2012.

²²⁰ RAMOS TAVARES, ANDRÉ. “*Tratado de arguição de preceito fundamenta*”. Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Pág. 402-404.

²²¹ DA CUNHA JUNIOR, DIRLEY. “*Arguição de descumprimento de preceito fundamental*”. En: *Ações constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Pág. 454.

caracterizados en la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad.²²²

2.4.4. El Habeas Corpus.

El Habeas Corpus es un medio del Derecho Procesal Constitucional dirigido a la tutela de la libertad de locomoción. Está previsto en el artículo 5º, LXVIII, de la Constitución brasileña, en los siguientes términos:

“Se concederá Habeas Corpus siempre que alguien sufra o se crea amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder”

Anteriormente a la Constitución de 1988 se prohibía el planteamiento del Habeas Corpus a cualquier trasgresión disciplinar; no obstante, la actual Constitución limitó la prohibición solamente a los casos de sanción disciplinar de los militares, a tenor del artículo 142, párrafo 2º, de la Constitución. Esta medida jurídica ostenta la naturaleza de garantía constitucional, ya que está previsto en el rol de derechos y garantías fundamentales establecido en Constitución, en el Título II, integrando el núcleo duro de la Constitución que no puede ser suprimido por Enmienda Constitucional, según dispone el artículo 60, párrafo 4º, IV, de la Norma Suprema.²²³

El texto constitucional brasileño prevé la existencia de dos especies de Habeas Corpus: a) el Habeas Corpus de liberación; b) y, el Habeas Corpus preventivo. El primero ocurre cuando ya esté consumado el acto de coacción de la libertad de movimientos y circulación, por ilegalidad o abuso de poder. En tales casos, la medida jurídica intenta reparar una situación de violencia o coacción ya concretada. Por su parte, el segundo tendrá razón de ser cuando

²²² CLAUDIUS ROTHENBURG, WALTER. *“Arguição de descumprimento de preceito fundamental”*. En: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001. Pág. 228.

²²³ FÖPEL, GAMIL. SANTANA, RAFAEL. *“Habeas Corpus”*. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Pág. 13.

exista una amenaza de violencia o coacción ilegal a la libertad de movimientos y circulación. En esta especie lo que se configura es la potencialidad de la práctica ilegal del acto vulnerador del derecho de ir y volver.²²⁴

La finalidad del Habeas Corpus consiste en paralizar un constreñimiento ilegal o su amenaza a la libertad de movimientos y circulación de alguien. En el último caso, se expedirá el llamado *salvoconducto* a favor de quien está amenazado de sufrir la lesión.²²⁵

El artículo 648 del Código de Proceso Penal, dispone las causas en las cuales se utilizará el Habeas Corpus para el reestablecimiento del ámbito de libertad de tránsito del impetrante perjudicado en su derecho:

1. *Que la coacción va a ser caracterizada cuando no hubiere justa causa, o sea, cuando no se presente el soporte probatorio mínimo apto para autorizar la legítima persecución penal (Inciso I).*
2. *Cuando alguien estuviere en el cárcel por más tiempo del que determina la ley (Inciso II).*
3. *Cuando la autoridad que ordene la privación de la libertad no tuviere la competencia para hacerlo (Inciso III).*
4. *Cuando se hubiere paralizado el motivo que dio causa a la coacción (Inciso IV).*
5. *En los casos en que no fuere alguien admitido a prestar fianza, en las hipótesis autorizadas por la ley (Inciso V).*
6. *Cuando se hubiere extinguido la punibilidad por cualquiera de las causas previstas en el Código Penal o en ley especial (Inciso VI).*

²²⁴ *Ibíd.* Pág. 15.

²²⁵ BARROSO, LUÍS ROBERTO. "O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira." Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 181.

Tendrá legitimidad para impetrar el Habeas Corpus cualquier persona física o jurídica, así como el Ministerio Público en cuanto órgano del Estado esencial a la función jurisdiccional, pero todos ellos a favor de una persona física, que obviamente, es la única capaz de ser vulnerada en su derecho de locomoción. No es exigida la capacidad de acción del impetrante, y además, los jueces y Tribunales pueden, de oficio, expedir el Habeas Corpus siempre que verifiquen que alguien está sufriendo una coacción ilegal, a tenor del artículo 654, párrafo 2º del Código de Ritos.²²⁶

En lo referente a la autoridad que practica la coacción, se observarán como los principales legitimados pasivos a los agentes del poder público, que intenten ocupar el polo pasivo de la relación jurídico-procesal. Sin embargo, la Constitución no previó expresamente una restricción de este procedimiento jurídico a los actos practicados por los agentes públicos, lo que ha llevado a la conclusión de la más acreditada doctrina de que es posible impetrar Habeas Corpus contra una limitación ilegal de la locomoción por un particular, siempre que sea ésta la vía más rápida de restablecer al perjudicado en su derecho. Claro está que contra el particular infractor, también cabrá el enjuiciamiento criminal según el delito que haya cometido.²²⁷

BARROSO aduce que con relación a esta polémica acerca de la legitimidad pasiva de los particulares hay entendimiento jurisprudencial en ambos sentidos en los Tribunales superiores. El Supremo Tribunal Federal ya se posicionó por la imposibilidad de planteamiento del Habeas Corpus contra acto de particular, pero el Superior Tribunal de Justicia ya ha concebido la posibilidad de utilización de esta vía para reparar dicha vulneración del derecho.²²⁸

La fijación de competencia del Habeas Corpus está orientada por los criterios de territorialidad, prerrogativa de foro y jerarquía. El artículo 649 del Código de Proceso Penal prevé el criterio territorial disponiendo que la

²²⁶ *Ibíd.* Pág. 184.

²²⁷ FÖPEL, GAMIL. SANTANA, RAFAEL. *“Habeas Corpus”*. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 22.

²²⁸ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *“O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira.”* Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 185.

competencia del juez de primera instancia se limita al territorio de la respectiva comarca judicial; la competencia de los tribunales de segundo grado se limita al territorio del Estado de la federación o del Distrito Federal, conforme el caso; los Tribunales superiores y el Supremo Tribunal Federal tienen competencia en todo el territorio nacional.²²⁹

El criterio de la prerrogativa de foro se relaciona con la competencia originaria determinando que cuando el paciente o la persona que practica la coacción tuviere foro privativo por la práctica de delito común, la competencia será del órgano de la jurisdicción privativa, teniendo en cuenta que la coacción ilegal practicada podrá generar consecuencias penales al sujeto pasivo.²³⁰

En cambio, el criterio jerárquico determina que la competencia del juez será interrumpida siempre que la coacción provenga de una autoridad judicial de igual o superior jurisdicción, a tenor del artículo 650, párrafo 1º del Código de Proceso Penal. Significa decir que cuando el acto constrictivo o su amenaza advenga de autoridad judicial, la competencia va a ser del Tribunal inmediatamente superior a ésta.²³¹

La decisión judicial en el Habeas Corpus hace cosa juzgada, imposibilitando la proposición de acción idéntica. Habrá nueva posibilidad de impetración del Habeas Corpus cuando sean presentadas nuevas pruebas o la *causa petendi* sea diferente de la anterior. Por construcción jurisprudencial se admite el Habeas Corpus en las hipótesis de concurso de personas en la práctica de delitos, al sujeto del delito que se encuentre en idéntica situación del que solicitó la garantía constitucional, por aplicación del artículo 580 del Código de Proceso penal.²³²

²²⁹ FÖPEL, GAMIL. SANTANA, RAFAEL. “*Habeas Corpus*”. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 28.

²³⁰ *Ibíd.* Pág. 28. Para verificar la incorporación del Habeas Corpus en Brasil, véase: OTHON SIDOU, J. M. “*Do mandado de segurança*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1969.

²³¹ *Idem.* Para comprender el desarrollo histórico del Habeas Corpus en Brasil y su connotación político-jurídica, véase: WALD, ARNOLD. “*O mandado de segurança na prática judiciária*”. Editora Nacional de Direito Ltda. Rio de Janeiro. 1958; y, AGRÍCOLA BARBI, CELSO. “*Do mandado de segurança*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1976.

²³² BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*.” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 187.

2.4.5. El Mandato de Seguridad.

El Mandato de Seguridad es una acción civil de rito sumario, destinada a proteger derecho líquido y cierto no amparado por Habeas Corpus o Habeas Data. Tiene un carácter residual con relación a estas acciones constitucionales. La concepción mayoritaria en la doctrina acerca del derecho líquido y cierto se refiere al derecho que resulta inequívocamente de un hecho que dependa de prueba o cuya prueba esté pre-constituida. El Mandato de Seguridad pretende atacar cualquier acto de autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público, practicados ilegalmente o con abuso de poder. Cualquier conducta positiva o de omisión de las referidas autoridades que vulnere derecho líquido y cierto de alguien, permite la corrección de la vulneración por medio del Mandato de Seguridad.²³³

El concepto de ilegalidad se relaciona con los desvíos del patrón de legalidad estricta, y consecuentemente, con la práctica de actos vinculados. La noción de abuso de poder, diferentemente, se relaciona con los llamados actos discrecionales que, de acuerdo con la doctrina tradicional del Derecho Administrativo, corresponden a aquellos actos en que la autoridad tiene mayor margen de apreciación de motivos, de los elementos o de la finalidad a ser afectada por el acto.²³⁴

La Constitución brasileña lo prevé en el artículo 5º, LXIX, en los siguientes términos:

“Se concederá Mandato de Seguridad para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por Habeas Corpus o Habeas Data, cuando el responsable de la

²³³ Ibíd. Pág. 191. Para verificar los primeros proyectos constitucionales acerca del Mandato de Seguridad, véase: ARNALDO MALHEIROS FIUZA, RICARDO. *“Mandado de segurança: notícia histórica”*. En: Mandado de Segurança e de Injunção. Editora Saraiva. São Paulo. 1990; COSTA, COQUEIJO. *“Mandado de segurança e controle constitucional”*. Edições LTR. São Paulo. 1985; y, CRETELLA JÚNIOR, J. *“Do mandado de segurança”*. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1974.

²³⁴ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *“Mandado de segurança”*. Editora Saraiva. São Paulo. 2004. Pág. 17.

ilegalidad o abuso de poder fuere autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público”.

En efecto, se pueden identificar dos tipos de Mandato de Seguridad en cuanto al tiempo de planteamiento de la cuestión: a) el Mandato represivo, cuando sea impetrado después de la consumación de la vulneración, y b) el Mandato de Seguridad preventivo cuando el impetrante tenga justo temor de sufrir una vulneración que todavía no haya ocurrido, conforme se desprende de la Ley nº 1.533/1951, artículo 1º.

Además, se pueden identificar dos especies de Mandato de Seguridad en cuanto a la legitimidad activa: a) el Mandato de Seguridad individual en el cual el titular del derecho vulnerado provocará dicho procedimiento; b) el Mandato de Seguridad Colectivo que permite a las personas colectivas actuar como sustitutos procesales en la defensa de derechos colectivos y difusos.

El objeto del Mandato de Seguridad, sea individual o colectivo, intenta prevenir o corregir acción u omisión, ilegal y abusiva, practicada por autoridad pública. Es un procedimiento en que el autor, en general, se dirige contra un acto administrativo. No se admite el Mandato de Seguridad contra:

- 1. Actos meramente normativos, como leyes y decretos que producen efectos generales y abstractos, incapaces de vulnerar derechos, conforme lo enuncia el Sumario nº 266 del Supremo Tribunal Federal.*
- 2. Acto administrativo impugnabile a través de recurso con efecto suspensivo.²³⁵*

²³⁵ MENDES DA SILVA, MÁRCIO HENRIQUE. “Mandado de segurança”. En: Manual dos Procedimentos Especiais Cíveis de Legislação Extravagante. Editora Método. São Paulo. 2006. Pág. 26.

El artículo 5º, I, de la Ley nº 1.533/1951, prevé el uso del Mandato de Seguridad contra cualquier acto de autoridad excepto si hubiere recurso administrativo, con efecto suspensivo. AGRÍCOLA BARBI explica que dicha restricción debe ser entendida por motivo del interés de acción, pues la ley determinó que si la divergencia pudiere estar resuelta administrativamente no hay necesidad de petitionar judicialmente la decisión. En efecto, el Sumario nº 429 del Supremo Tribunal Federal afirma que la existencia del recurso administrativo con efecto suspensivo no impide el uso del Mandato de Seguridad contra la omisión de la autoridad. En la hipótesis de omisión de la autoridad, el derecho líquido y cierto será vulnerado a partir de la inacción, de modo que solamente con la interferencia de la autoridad judicial será posible reparar la ilegalidad.²³⁶

También es posible el Mandato de Seguridad contra los actos judiciales, siempre que éstos no hayan adquirido los efectos de la cosa juzgada; así lo afirma el Sumario nº 268 del Supremo Tribunal Federal al decir que “*no cabe Mandato de Seguridad contra decisión con tránsito en juzgado*”.²³⁷

Corresponde subrayar que la legitimidad activa puede ser conceptuada como ordinaria o extraordinaria según la clase de Mandato de Seguridad individual o colectivo. En el primer caso, el titular del derecho ejerce personalmente el derecho de acción; en el segundo caso, es posible la defensa de derechos ajenos en nombre propio, por medio de la figura del sustituto procesal.²³⁸

La legitimidad activa ordinaria en el Mandato de Seguridad individual presupone el alcance a todas las personas físicas y jurídicas, así como a los órganos públicos despersonalizados y las universalidades reconocidas por ley. Los órganos públicos despersonalizados deben ser entendidos como los entes de la administración que, no teniendo personalidad jurídica propia, poseen prerrogativas o derechos institucionales para defender, como por ejemplo, los

²³⁶ Ibíd. Pág. 27.

²³⁷ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira.*” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 193.

²³⁸ Ibíd. Pág. 96.

Jefes del Poder Ejecutivo, Mesas de la Cámara Legislativa, del Senado, etc. Las llamadas “universalidades”, en el derecho brasileño, son las personas formales que a pesar de no tener personalidad jurídica, tienen capacidad de ser parte, al ejemplo del expolio y de la masa fallida.²³⁹

La legitimación extraordinaria en el Mandato de Seguridad colectivo determina que, considerando la naturaleza colectiva de los derechos tutelados y por razones de economía procesal y facilitación del acceso a la justicia, estarán legitimados para la proposición de esta medida, los siguientes entes, de acuerdo con el artículo 5º, LXX, de la Constitución:

1. *Partidos políticos con representación en el Congreso Nacional.*
2. *Organizaciones sindicales.*
3. *Entidades de Clase.*
4. *Asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento durante más de un año.*

Cabe subrayar que se hace imperativa la existencia de pertinencia temática entre el objeto del Mandato de Seguridad y las funciones institucionales del legitimado extraordinario, es decir, la proposición de la medida jurídica debe destinarse a la tutela de los intereses de los afiliados, de los sindicalizados, de la categoría, o de los asociados. El Ministerio Público deberá ser llamado para opinar acerca de la petición, pues la ausencia de este requisito produce la nulidad del procedimiento²⁴⁰

GUSMAO CARNEIRO aduce que la competencia en el proceso de Mandato de Seguridad es definida según la categoría y jerarquía funcional de la autoridad que vulnera el derecho.²⁴¹ La competencia jurisdiccional está prevista a partir del artículo 2º de la Ley nº 1.533/51 y dispuesta del siguiente modo:

²³⁹ SODRÉ, EDUARDO. “*Mandado de segurança*”. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 95.

²⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 104; 118.

²⁴¹ GUSMAO CARNEIRO, ATHOS. “*Intervenção de terceiro*”. Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Pág. 151.

1. *Siendo la autoridad pública perteneciente al poder público federal, el Mandato de Seguridad deberá ser propuesto en la justicia federal.*
2. *Si la autoridad pública fuere estatal, municipal o distrital, la competencia es de la justicia estatal.*
3. *Si la autoridad pública detiene foro privilegiado, con competencia originaria de los tribunales, se observará que la competencia originaria del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia está prevista, respectivamente, en los términos de los artículos 102, I, d, y 105, I, b. A su vez, la competencia originaria de los Tribunales Regionales Federales está prevista en el artículo 108, I, c de la Constitución.*

La decisión en este procedimiento puede ser considerada como declaratoria, constitutiva o condenatoria, de acuerdo con el contenido en la petición, según entiende la acreditada doctrina. Será declaratoria cuando el impetrante pretende solamente la declaración de nulidad de un acto del poder público. Será constitutiva cuando se pretenda con la anulación del acto también la modificación en la relación jurídica. Será condenatoria cuando la pretensión del autor sea la imposición de algún comportamiento de acción u omisión a la autoridad que vulneró el derecho.

2.4.6. La Acción Civil Pública.

Según el artículo 129 de la Constitución, la Acción Civil Pública se destina a la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos. El Código de Defensa del Consumidor previó expresamente en su artículo 1º, IV, la inclusión de este último precepto *intereses difusos y colectivos*. Otra ampliación del objeto ocurrió con la Ley nº

8.625/1993, incluyendo en el objeto de dicha acción los actos lesivos de la Administración Pública.²⁴²

Debemos subrayar que la doctrina estima que el objeto de este procedimiento es necesario que se vaya extendiendo actualmente al control de las políticas públicas, entre las que destacamos las concernientes a los mayores, a la infancia y juventud, a los deficientes físicos, a las comunidades indígenas, a la asistencia social, así como a los recursos hídricos, entendiéndolos como derechos desprendidos de la previsión constitucional por medio de ampliación interpretativa a partir de la finalidad del procedimiento.²⁴³

La legitimación activa está prevista en el artículo 5º, de la Ley nº 7.347/1985. La acción podrá ser propuesta por el Ministerio Público, por la Unión, por los Estados y Municipios. Podrán también ser propuestas por autarquía, empresa pública, sociedad de economía mixta o fundación (que esté constituida al menos un año antes y que prevea entre sus finalidades la protección de los derechos garantizados). Además, la Ley del Consumidor nº 8.078/1990, aumentó la legitimación a las entidades y órganos de la administración directa o indirecta, destinados a la protección de los derechos de consumo.²⁴⁴

En cuanto a la legitimidad del Ministerio Público hay que subrayar que los derechos sujetos a la tutela por este órgano son los “*derechos difusos y colectivos*”, configurados subjetivamente como derechos “*transindividuales*”, por no presentar titulares determinados, y materialmente indivisibles, porque el objeto de la cuestión no puede ser identificado con intereses individuales sino con intereses de una colectividad afectada por un problema de origen común. En ese sentido, no es regla que el Ministerio Público proponga Acción Civil Pública a favor de los llamados “*derechos individuales homogéneos*”, que al

²⁴² Ibíd. Pág. 220. Para una mejor comprensión de la acción civil pública ambiental, véase: ARAÚJO, LILIAN ALVES DE. “*Ação civil pública ambiental*”. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2001.

²⁴³ DE CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. “*Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7.347/85 e legislação complementar*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. Pág. 35.

²⁴⁴ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*”. Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 225.

revés de aquellos (difusos y colectivos) se identifican con derechos subjetivos individuales y son tutelados en acciones conjuntas por razones de pura economía procesal por legitimados activos que no se confunden con la Fiscalía, todo en los términos del artículo 129, III de la CF/88.

En efecto, en los casos expresamente previstos en ley es que el Ministerio público podrá tutelar “*derechos individuales homogéneos*”, conforme se observa en la Ley nº 8.078/90, artículo 82, I, o en los casos de que esta categoría de derechos asuma un relevante interés social en un determinado caso específico. Ese interés social podría ser identificado con la erradicación de la pobreza para reducir las desigualdades sociales y regionales, en los términos de la decisión proferida en el Recurso Extraordinario nº 195.056-1/2003, relator Ministro Carlos Velloso.²⁴⁵

A su vez, en el lado pasivo puede estar cualquier persona física, jurídica o ente dotado con personalidad jurídica.²⁴⁶

La competencia para el enjuiciamiento de la Acción Civil Pública se identificará siempre con el lugar de la vulneración o amenaza de vulneración a determinado derecho *transindividual*. Intenta facilitar la recogida de pruebas, a tenor del artículo 2º de la Ley nº 7.347/1985.

La sentencia en este procedimiento tiene efectos *erga omnes* en razón de la autoridad de la cosa juzgada, para las decisiones estimatorias o desestimatorias, pero en este último caso, solamente si el fundamento de la desestimación no fuere la deficiencia de pruebas.²⁴⁷

ARAÚJO SÁ destaca que la naturaleza de las relaciones jurídicas definida en las acciones colectivas determina el alcance de la cosa juzgada. La característica de indivisibilidad de los derechos difusos y colectivos determina que la sentencia alcance todos los miembros de la colectividad o grupo que sean titulares de los derechos. La finalidad de la existencia de acciones colectivas y del alcance de la cosa juzgada por ellas producida es proporcionar

²⁴⁵ En el mismo sentido: REsp 58.682, 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 16.12.96.

²⁴⁶ LENZA, PEDRO. “*Teoria geral da ação civil pública*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003. Pág. 199.

²⁴⁷ MENEZES VIGILAR, JOSÉ MARCELO. “*Ação civil pública*”. Editora Atlas. São Paulo. 2001. Págs. 61; 114.

la defensa de derechos que aisladamente difícilmente serían protegidos, además de evitar la proliferación de demandas con los mismos objetos.²⁴⁸

El tema del límite de los efectos subjetivos de la sentencia en la Acción Civil Pública suscita el debate sobre la posibilidad de utilizar esta acción para realizar el control concentrado de constitucionalidad o si, en cambio, la declaración de inconstitucionalidad sería limitada a las partes del proceso tal como se caracteriza el control difuso de inconstitucionalidad.

FERREIRA MENDES informa que la Acción Civil Pública no se confunde con procesos denominados subjetivos pues la parte activa en ella no actúa en defensa de derechos propios, sino que busca defender el interés público. En ese sentido, el autor defiende que los efectos de la sentencia en determinados casos de Acción Civil Pública pueden generar control concentrado de inconstitucionalidad ya que la inaplicación de una ley considerada inconstitucional para la acción propuesta no tendría como quedarse limitada a las partes, considerando que los derechos difusos se refieren a sujetos indeterminados que pueden ser afectados por el perjuicio que la Acción Civil Pública tutele.²⁴⁹

FERREIRA MENDES, por lo tanto, concluye por la idoneidad de utilización de la Acción Civil Pública para realizar control concentrado de inconstitucionalidad.

WALD acompaña esta posición doctrinaria declarando que no es posible hablar de declaración incidental de inconstitucionalidad en la Acción Civil Pública porque el efecto de la sentencia en esta acción es de eficacia *erga omnes*, pero subraya que se trata de un control concentrado de constitucionalidad anómalo y no previsto en la Constitución que alcanzará a todos los afectados en el área de jurisdicción del juez que decidió el caso.²⁵⁰

Por su parte, BARROSO entiende que la Acción Civil pública se constituye en un proceso subjetivo con partes determinadas y una pretensión

²⁴⁸ SÁ, JOSÉ ADÔNIS CALLOU DE ARAÚJO. “*Ação civil pública e controle de constitucionalidade*”. Del Rey. Belo Horizonte. 2002. Pág. 121.

²⁴⁹ FERREIRA MENDES, GILMAR. “*Ação civil pública e o controle de constitucionalidade*”. Ed. Saraiva. São Paulo. 2007. Pág. 1039.

²⁵⁰ WALD, ARNOLDO. “*Mandado de segurança e ações constitucionais*”. Ed. Malheiros. São Paulo. 2009. Pág. 216.

jurídica deducida en el proceso, relacionada a un pedido que en ninguna hipótesis se confundirá con la eventual declaración de inconstitucionalidad. El autor aduce que el objeto inmediato de la petición es la providencia jurisdiccional solicitada y el objeto mediato es el bien que se alcanzará con la sentencia estimatoria del pleito. El interés público estará presente siempre de modo subsidiario ya que por si no podrá alterar la naturaleza del proceso ni ignorar que se trata de un caso concreto.²⁵¹

ARAÚJO SÁ apoya esta tesis doctrinal aduciendo que es absolutamente posible la declaración incidental de inconstitucionalidad, pues a pesar de la sentencia firmada en la Acción Civil Pública tener eficacia *erga omnes* no se trataría de declarar la inconstitucionalidad in abstracto de una norma, sino dejar de aplicar esta norma al caso concreto que se analiza.²⁵²

El debate doctrinal acerca de la posibilidad de utilizar la Acción Civil Pública como acción directa de control concentrado de inconstitucionalidad es resuelto mayoritariamente inclinándose por la tesis de imposibilidad de equiparación entre la Acción Civil pública y la Acción Directa de Inconstitucionalidad razón por la cual la sentencia estimatoria se limitará al ámbito regional al cual se refiera la controversia jurídica.

NIGRO MAZZILLI destaca que la Acción Civil Pública se distingue de la Acción Popular con relación a los presupuestos de la legitimidad activa, objeto y petición. En la Acción Civil Pública hay varios co-legitimados activos que incluyen el Ministerio Público, las personas jurídicas de derecho público interno, las entidades de la administración directa, las fundaciones, las asociaciones civiles, etc. Al paso que en la Acción Popular el legitimado activo es el ciudadano. En cuanto al objeto, la Acción Civil Pública tutela una gama de intereses más amplios. En el caso de la Acción Popular el objeto es más reducido. El pedido en la Acción Civil Pública no se limita a anular actos lesivos

²⁵¹ BARROSO, LUIS ROBERTO. *“Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira”*. Renovar. Rio de Janeiro. 2006. Págs. 238-239.

²⁵² SÁ, JOSÉ ADÔNIS CALLOU DE ARAÚJO. *“Ação civil pública e controle de constitucionalidade”*. Del Rey. Belo Horizonte. 2002. Ob. Cit. Pág. 139.

al patrimonio público, a la moralidad administrativa, al medio ambiente o al patrimonio cultural.²⁵³

Sin embargo, a pesar de las diferencias y considerando la proximidad de objetos entre la Acción Civil Pública y la Acción Popular cabe destacar que una no retira la posibilidad de proposición de la otra y en caso de litispendencia se optará por la conexión de las peticiones a través de la reunión de las demandas con el mismo objeto. Tal hipótesis puede ocurrir, considerando la diferente legitimación activa entre las dos especies.²⁵⁴

2.4.7. La Acción Popular.

El artículo 5º, LXXIII, de la Constitución determina que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la Acción Popular que trate de anular un acto lesivo para el patrimonio público o de entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural.

LOPES MEIRELLES explica que la Acción Popular es el medio constitucional puesto a la disposición de cualquier ciudadano para obtener la invalidación de actos o contratos administrativos o, a estos equiparados, ilegales y lesivos al patrimonio federal, estadual y municipal o de sus autarquías, entidades paraestatales y personas jurídicas subvencionadas con dinero público.²⁵⁵

El patrimonio público que puede ser defendido en la Acción Popular es el más amplio posible incluyéndose los bienes muebles, inmuebles, acciones, créditos públicos, etc. Conforme se desprende del artículo 1º, párrafo 1º, de la Ley de la Acción Popular, que considera como patrimonio público los bienes y derechos de valor económico, artístico, histórico y turístico. Además, cabe subrayar que al lado de esta protección del patrimonio material, también

²⁵³ NIGRO MAZZILLI, HUGO. *“A defesa dos interesses difusos em juízo”*. Editora Saraiva. São Paulo. 2005. Págs. 138-139.

²⁵⁴ ABELHA RODRIGUES, MARCELO. *“Ação civil pública”*. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 275.

²⁵⁵ LOPES, MEIRELLES. HELY. *“Mandado de segurança”*. Editora Malheiros. São Paulo. 2004. Pág. 135.

se ha incluido con la actual Constitución la defensa de la moralidad pública ordenando que la Administración Pública adopte patrones éticos y actúe de buena fe.²⁵⁶

PÉRICLES PRADE apunta los siguientes actos como susceptibles de control en la Acción Popular:

1. *Los actos administrativos vinculados y discrecionales.*
2. *Los actos legislativos de efectos concretos.*
3. *Los actos de gestión.*²⁵⁷

No obstante, los actos jurisdiccionales, las leyes en abstracto, los actos editados por el Poder Legislativo y por los demás poderes en el ejercicio del poder reglamentario, que no tengan la capacidad de producir efectos concretos, no podrán ser objeto de esta medida.²⁵⁸ En este sentido, el Sumario nº 266 del Supremo Tribunal Federal afirmó que no era posible la Acción Popular para la invalidación de la ley en abstracto, y por lo tanto, será necesario que la ley ocasione un acto concreto de lesión.

De este modo, el objeto de la Acción Popular podrá ser, según afirmaciones de CAMARGO MANCUSO, los intereses difusos que enumeramos a continuación:

1. *Patrimonio público en sentido amplio comprendiendo, además del erario público, también los bienes que caracterizan el patrimonio cultural.*
2. *Medio ambiente, entendido como la interacción de los elementos naturales, artificiales y culturales que proporcionen el desarrollo sostenible.*

²⁵⁶ DE ASSIS RODRIGUES, GEISA. “*Da ação popular*”. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 213.

²⁵⁷ PRADE, PÉRICLES. “*Ação popular*”. Editora Saraiva. São Paulo. 1986.

²⁵⁸ DE ASSIS RODRIGUES, GEISA. “*Da ação popular*”. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 221.

3. *La moralidad administrativa que debe ser controlada por la finalidad de los actos dimanados.*
4. *Tutela de la relaciones de consumo preservando la buena calidad de los servicios prestados.*²⁵⁹

El artículo 1º, párrafo 3º, de la Ley nº 4.717/1965, prevé que el legitimado activo es el ciudadano nacional en el uso de sus derechos políticos, exigiéndose para la proposición de la acción el título electoral como prueba.

MORAES aduce que se considera ciudadano el brasileño nato o naturalizado o, el portugués equiparado, en el gozo de sus derechos políticos. La jurisprudencia muchas veces acompaña este entendimiento reforzando que aquellos que estén con derechos políticos suspendidos no podrán interponer Acción Popular.²⁶⁰

MEDEIROS MELO discrepa de esta interpretación restrictiva del concepto de ciudadanía y, en la línea de la doctrina actual que también defendemos nosotros, aduce que la ciudadanía no es solamente la prerrogativa de votar y ser votado, sino que aparte de otras prerrogativas, es el derecho a utilizar los bienes y servicios de utilidad pública, así como el derecho a exigir de los gestores fidelidad a la Constitución.²⁶¹

Por ello, la legitimación activa del ciudadano debe ser interpretada como un influjo progresivo de los derechos fundamentales del hombre. Significa decir que siendo la acción popular una acción de la ciudadanía todo el pueblo brasileño tiene el ejercicio y el derecho a su proposición.²⁶²

El Sumario nº 365 del Supremo Tribunal Federal firma entendimiento de que persona jurídica no puede proponer Acción Popular. A su modo, el

²⁵⁹ DE CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. *“Ação popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003. Pág. 90.

²⁶⁰²⁶⁰ MORAES, ALEXANDRE DE. *“Direito constitucional”*. São Paulo. 2009. Págs. 186-187.

²⁶¹ DE MEDEIROS MELO, GUSTAVO. *“A legitimidade ativa na ação popular – relendo o conceito de cidadania quarenta anos depois”*. En: *Ação Popular - Aspectos Relevantes y Controvertidos*. RCS Editora. São Paulo. 2006. Pág. 185.

²⁶² *Ibíd.* Pág. 182. Para un desarrollo histórico de este concepto y de la acción popular, véase: AFONSO DA SILVA, JOSÉ. *“Ação popular constitucional. Doutrina e processo”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1968.

Sumario nº 101 del mismo Tribunal dispone que la interposición de Mandato de Seguridad no impide la posibilidad de la proposición de Acción Popular.

En lo que respecta a la legitimidad pasiva deberán ser citados, formando litisconsorcio pasivo necesario los siguientes entes:

1. *Las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas, enunciadas en el artículo 1º de la Ley nº 4.717/1965.*
2. *Los agentes públicos que de alguna forma fueron responsables en el acto lesivo.*
3. *Los beneficiarios del acto, directa o indirectamente, sean o no agentes públicos.*

La competencia será identificada, en principio, por el origen del acto: a) si proviene de autoridad federal será competente la justicia federal; b) en el caso de autoridad estatal o municipal será competente la justicia estatal. Subráyese que el Supremo Tribunal Federal reconoció la competencia de la justicia electoral para juzgar la acción popular que intentaba impugnar actos relativos a los resultados de las elecciones. A continuación, se verifica la competencia territorial que en el caso de recaer sobre la Administración federal podrá determinarse como foro competente el domicilio del autor o el lugar en que ocurrió el hecho o en el Distrito Federal; y en el caso en que la autoridad sea estatal, municipal o del Distrito federal las organizaciones judiciales determinarán el foro competente.²⁶³

La sentencia en este procedimiento se puede configurar en los mismos términos que la sentencia en el Mandato de Seguridad, o sea, declaratoria, constitutiva o condenatoria. Pero en este caso, la sentencia tendrá eficacia *erga omnes* cuando sea estimatoria.²⁶⁴

²⁶³ DE ASSIS RODRIGUES, GEISA. “*Da ação popular*”. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006. Ob. Cit. Pág. 226.

²⁶⁴ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*.” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 214.

BANDEIRA DE MELLO afirma que la Acción Popular es un importante instrumento jurídico para determinar la invalidez del acto impugnado y la condenación por pérdidas y daños a los responsables por sus prácticas y a los beneficiarios de tales actos.²⁶⁵

SOUSA SANTOS entiende que para conseguir el proceso de democratización del derecho y de la sociedad deben ser eliminados los obstáculos sociales y culturales, informando los derechos a los ciudadanos. Aduce el autor que distintos estudios revelan que la distancia de los ciudadanos con relación a la administración de la justicia es tanto mayor cuanto más bajo sea el nivel social de las personas ocasionando grandes dificultades para que el ciudadano más pobre pueda acceder a la protección de sus derechos y en ese sentido la Acción Popular debe ser tratada como una importante vía jurídica para alcanzar la justicia, lo que será positivo en la medida en que se eduque al ciudadano para conocer sobre esa medida judicial.²⁶⁶

La Acción Popular es un instrumento a favor de la democracia que no se extingue con las elecciones sino que debe seguir en el control de la administración.²⁶⁷

Las acciones constitucionales expuestas son instrumentos jurídicos directos de protección de los derechos fundamentales independientemente de la necesidad de que haya un proceso previo dónde dichos derechos sean alegados. En efecto, no podemos dejar de analizar la protección de derechos por medio del control de constitucionalidad, ya que cualquier ciudadano puede solicitar la verificación de una violación que afecte a su derecho. Considerando la complejidad del sistema plural de control de constitucionalidad en Brasil dedicaremos el siguiente capítulo a su análisis.

²⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *“Curso de direito administrativo”*. Ed. Malheiros. São Paulo. 2008. Pág. 946.

²⁶⁶ SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE. *“Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade”*. Ed. Cortez. São Paulo. 2000. Pág. 177.

²⁶⁷ FERNANDES DE OLIVEIRA, RÉGIS. *“Curso de direito financeiro”*. Ed. Revista dos Tribunais. 2000. Págs. 391-392.

CAPÍTULO III – EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL

3.1. LA FORMACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

La Constitución de 1824 fue promulgada estableciendo un Estado centralizado que situaba al Emperador como fuente de legitimidad del poder a través del Poder Moderador insertado en el artículo 98 de dicha Constitución. Se inspiraba en la teoría de BENJAMIN CONSTANT que situaba el poder moderador como la clave de toda la organización política, siendo un poder delegado privativamente al Emperador como Jefe Supremo y primer representante de la nación, para velar por el mantenimiento de la independencia, el equilibrio y la armonía entre los poderes.²⁶⁸

La organización política parlamentaria de éste segundo Reino tuvo origen en la costumbre sin hacer ninguna referencia en el texto constitucional y se la presentaba desvirtuada del modelo inglés, pues era más dependiente del Emperador que del Parlamento. La Constitución de 1824 institucionalizó un modelo oligárquico manteniéndose los órganos de control que se originaron durante la Monarquía representados por el Senado y el Consejo de Estado y creó un órgano dependiente de elecciones – la Cámara de los Diputados – pero que se caracterizaba por la fórmula constitucional censitaria y por la manipulación del voto, neutralizando en la práctica el sistema representativo de participación popular.²⁶⁹

FAORO adujo que estaba encubierta la herencia maldita del “*patrimonialismo*”: el cargo público que estaba sujeto al poder de nominar, de conceder los créditos como favores, de cobrar del agente público el

²⁶⁸ STRECK, LENIO LUIZ. “*Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Pág. 407.

²⁶⁹ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*.” Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Pág. 10.

reconocimiento y agradecimiento a cambio de exigirle el deber funcional. Además se pretendía la lealtad al Jefe de Estado y no al Estado, pues la autoridad se personalizaba y se la corrompía tanto por el dinero como por el favor.²⁷⁰

La Constitución de 1824 no contemplaba un sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional, pues la influencia francesa condujo a otorgar la atribución de hacer leyes, interpretarlas, suspenderlas y revocarlas al Poder Legislativo, así como también velar por la guardia de la Constitución, conforme su artículo 15, nº 8º y 9º. Era la consagración del dogma de la soberanía del Parlamento.

La estructura del Poder Judicial en el Imperio tenía el Supremo Tribunal de Justicia como órgano de cúpula compuesto por 17 jueces competentes para conceder o denegar recursos, conocer sobre el tema de los delitos y errores de los Ministros, de los funcionarios del Cuerpo Diplomático y los Presidentes de las provincias, y además decidir sobre los conflictos de jurisdicciones y competencias de las relaciones provinciales. En la composición de este Tribunal había cinco portugueses de nacimiento y siete brasileños.²⁷¹

El control legislativo de constitucionalidad implantado en la Constitución del Imperio se demostró inoperante y permitió la corrupción del legislador ordinario y del legislador constituyente, pero mantuvo el carácter de Constitución rígida, pues distinguía los procedimientos de elaboración de las leyes y de enmiendas constitucionales.²⁷²

Antes de ser revocada por el Decreto nº 1, de 15 de noviembre de 1889, del Gobierno Provisorio de la recién proclamada República, la Carta Imperial convivía con la decadencia de la economía agraria y con el deterioro de la Monarquía por una parte y del clero y el ejército por otra parte. La

²⁷⁰ FAORO, RAIMUNDO. *“Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro”*. Editora Globo. São Paulo. 1989. Pág. 330.

²⁷¹ STRECK, LENIO LUIZ. *“Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Pág. 410.

²⁷² SLAIBI FILHO, NAGIB. *“Breve história do controle de constitucionalidade”*. En: *A Constitucionalização do Direito. A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro. 2003. Pág. 49.

situación social demostraba la marginación de los trabajadores esclavos y libres y el elevado nivel de analfabetismo.²⁷³

El Decreto nº 510, de 1890, que publicó la Constitución Provisoria de los Estados Unidos del Brasil crea el Supremo Tribunal Federal y el Recurso extraordinario que posteriormente llevaría a la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes de modelo difuso.²⁷⁴

LÚCIO BITTENCOURT subraya que en un sistema en el cual existía la suprema inspección del Poder Moderador sobre los tres poderes, era evidente que no sería posible delegar en el poder judicial el control de los actos del Congreso. Este control sólo podría corresponder al Poder Moderador.²⁷⁵

La coyuntura de crisis en los sectores militar, religioso y esclavista a finales del período del Segundo Imperio tuvo por consecuencia dos manifiestos que sucumbieron al Imperio: el Manifiesto de marzo de 1969, firmado por los liberales, que ratificaba el reformismo liberal solicitando la existencia de un tercer partido sin compromiso con las estructuras del Estado; y, el Manifiesto del Partido Republicano que objetivaba la institucionalización del principio federativo, la supresión o reorganización del Consejo del Estado, el término del mandato vitalicio del Senado, la enseñanza libre, la abolición de la policía nacional, la elección de los Presidentes de las provincias, y la extinción del Poder Moderador.²⁷⁶

Décadas de cambios forjados en el poder entre conservadores y liberales proporcionaron estructuras partidarias que no serían vencidas sin un cambio radical en el sistema electoral, pues los republicanos tenían el riesgo político de que los partidos ligados al Imperio no aprobasen la nueva Constitución, ya que eran mayoritarios en la Asamblea Constituyente. De acuerdo con la ley vigente actuaba el sistema puro por distritos para las

²⁷³ ALBUQUERQUE, MANUEL MAURÍCIO. *“Pequena história da formação social do Brasil”*. Editora Graal. Rio de Janeiro. 1981. Págs. 430 e 441.

²⁷⁴ REBELLO DE BRITTO POLETTI, RONALDO. *“Controle da constitucionalidade das leis”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2001. Págs. 75-76.

²⁷⁵ BITTENCOURT, C. A. LÚCIO. *“O controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1968. Pág. 28.

²⁷⁶ STRECK, LENIO LUIZ. *“Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Págs. 415-416.

elecciones, o sea, cada provincia era dividida en distritos electorales y las elecciones se definían por medio del voto mayoritario. Temerosos de la victoria monárquica en el modelo por distritos, ya que los Partidos ligados al Imperio estaban por todo el país, los republicanos reglamentaron el Decreto nº 511, de 1890, para regular exclusivamente las elecciones para la Asamblea Constituyente previendo la indicación de los constituyentes por cada Estado.²⁷⁷

El Gobierno Provisorio organizó la Justicia Federal por medio del Decreto nº 848, de 1890, que bajo la actuación de la nueva Constitución sería completado por la Ley nº 221, de 1894. Dicho Decreto disponía que en la guardia y aplicación de la Constitución y de las leyes nacionales, la magistratura federal pudiera actuar en el caso y a petición de las partes. La Constitución de 1891 incorporó estos dispositivos y reconoció la competencia del Supremo Tribunal Federal para revisar las sentencias de los Estados, en última instancia, cuando se cuestionase la validez o aplicación de tratados y leyes federales conforme al artículo 59, párrafo 1º, a y b.²⁷⁸

ARTHUR BERNARDES, que gobernó de 1922 hasta 1926, siempre en régimen de estado de sitio, proporcionó la aprobación de la Enmienda de 5 de septiembre de 1926, concediendo al Supremo Tribunal Federal el poder de dirimir los conflictos entre los jueces federales y de los Estados, así como conocer de los recursos de las decisiones de los jueces y tribunales federales.

ZENO VELOSO informa que la Enmienda Constitucional de 1926 confirió, expresamente a todos los tribunales, federales o estatales, competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes federales en un caso concreto ampliando las normas constitucionales de la Constitución de 1891.²⁷⁹ Se reconocía la facultad a los jueces para aplicar o no aplicar leyes federales de acuerdo con cada caso concreto; así se iniciaba el control difuso de constitucionalidad todavía limitado al análisis de las leyes federales, pero ya suponiendo el principio del control difuso de constitucionalidad en Brasil.

²⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 420.

²⁷⁸ GANDRA DA SILVA MARTINS, IVES. FERREIRA MENDES, GILMAR. “*Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.*” Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Pág. 21.

²⁷⁹ VELOSO, ZENO. “*Controle jurisdicional de constitucionalidade*”. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Pág. 30.

La Reforma Constitucional de 1926 tuvo ímpetu centralizador que limitaba a los Estados y proporcionaba el fortalecimiento de la Unión ampliando los casos de intervención federal, pero dicha reforma no fue capaz de restaurar la credibilidad política de un proceso electoral manipulador y fraudulento, lo que sugiere que la causa principal de la Revolución de 1930 fue la campaña presidencial que eligió a JULIO PRESTES. Ésta fue la raíz de la reacción de los Estados de *Minas Gerais*, *Rio Grande do Sul* y otros Estados de la región Nordeste dispuestos a conquistar a través de las armas la renovación política, que no fue concretizada por medio de las urnas con la derrota de GETÚLIO VARGAS. Empieza el “*Movimiento de 1930*” que representaba la ruptura de la hegemonía absoluta del sector agrario exportador que pasaba a compartir el poder político y económico con la burguesía industrial significando una disputa en las clases dominantes sin mayor ambición por transformaciones sociales amplias.²⁸⁰

Con la victoria del Movimiento de 1930, una Junta Gubernamental Militar formalizó la transferencia del poder a un Gobierno Provisorio asumido por GETÚLIO VARGAS. La Constitución de 1934 representaba la influencia de la Constitución de Weimar, de 1919, dedicando un título al Orden Económico y Social y empezando el período de intervención federal. Creó la Justicia del Trabajo y el salario mínimo, instituyó el mandato de seguridad, la acción popular y mantuvo la Justicia Electoral creada en 1932.²⁸¹

Sin embargo, la Constitución de 1934 consolidaba el ideal liberal de la Revolución de 30 en una época de antiliberalismo por todo el mundo (el fascismo en Italia; el fin de la experiencia de Weimar y la ascensión del nazismo; el salazarismo en Portugal; el franquismo en España) lo que ocasionó “*apariencia de vida*” a la Constitución recién institucionalizada. Ésta convivió con un largo período de suspensión de las garantías constitucionales debido al reforzamiento del Poder Ejecutivo concedido por el Decreto Legislativo nº 6, de 1935, que poco después declaró “*Estado de Guerra*” influenciado por el Movimiento Comunista de 1935. En esta coyuntura el “*peligro comunista*”

²⁸⁰ BARROSO, LUÍS ROBERTO. “*O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira.*” Editora Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Págs. 18-19.

²⁸¹ *Ibíd.* Pág. 20.

propició el golpe de Estado en el cual GETÚLIO VARGAS, el 10 de noviembre de 1937, quita la legitimidad del Congreso con la policía y otorga la Constitución de 1937.²⁸²

A pesar su corta vigencia, la Constitución de 1934 introdujo grandes innovaciones en el control de constitucionalidad. El constituyente determinó que la declaración de constitucionalidad debería ser realizada por la mayoría de la totalidad de los miembros de los tribunales para evitar la inseguridad jurídica derivada de los cambios continuos en el entendimiento de los tribunales, conforme lo prescrito en su artículo 179.

Además, consagraba la competencia del Senado Federal para suspender la ejecución de cualquier ley o acto, deliberación o reglamento, cuando éstos hayan sido declarados inconstitucionales por el Poder Judicial, confiriendo eficacia *erga omnes* a la decisión del Supremo Tribunal Federal, en los términos del artículo 91, IV, y 96.

Esta competencia atribuida al Senado resolvería el problema de ausencia de eficacia *erga omnes* de la Constitución de 1891, que nada decía respecto de este tema. La Constitución de 1934 en su artículo 91, IV, dictaba que el Supremo Tribunal Federal después de juzgar la inconstitucionalidad de un acto normativo debería comunicar al Senado dicho juzgamiento para que fuera suspendida la ejecución de la ley. Así pues, este hecho posibilitaba la superación del efecto *inter partes* en el caso específico para alcanzar a toda la sociedad con efectos *erga omnes*.²⁸³

Subrayamos que la semilla del control concentrado de constitucionalidad también fue consagrada en la Constitución de 1934 por medio de la declaración de inconstitucionalidad para evitar la intervención federal, que conforme denominó BANDEIRA DE MELLO, sería la “*representação interventiva*” (representación de intervención), de competencia del Procurador-General de la República en las hipótesis de ofensa a los principios consagrados en el artículo 7º, I, a a h, de la Constitución. Representaba una especie de composición judicial de los conflictos federativos

²⁸² FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO. “*Curso de direito constitucional brasileiro*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1968. Págs. 89-90.

²⁸³ STRECK, LENIO LUIZ. “*Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Pág. 438.

que condicionaba la validez de la ley de intervención de iniciativa del Senado, en los términos del artículo 41, párrafo 3º, a la declaración de su constitucionalidad por el Supremo Tribunal Federal conforme el artículo 12, párrafo 2º.²⁸⁴

PAULO BONAVIDES demuestra que la Constitución de 1934 fue un importante marco en la progresión del país en dirección al control concentrado de constitucionalidad, subrayando que con la acción de intervención el examen de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal no ocurría solamente en el caso concreto sino también por medio de una acción autónoma cuyo objeto era la declaración de inconstitucionalidad de la ley que decretara la intervención federal.²⁸⁵

La siguiente Constitución de 1937 conocida como “*polaca*” fue otorgada y representó el autoritarismo y la concentración de poder en el ejecutivo; por esta razón se caracterizó como un retroceso en el control de constitucionalidad que ya no gozaba de independencia.

El artículo 96 de la aludida Constitución enunció que solamente por mayoría absoluta de la totalidad de sus jueces, podrían los tribunales declarar la inconstitucionalidad de la ley o del acto del Presidente de la República. Seguía resaltando en el párrafo único que si el Presidente de la República juzgase que una ley declarada inconstitucional por los tribunales fuera necesaria para el bienestar del pueblo y para la promoción o la defensa del interés nacional se la sometería otra vez al Parlamento, que podría, por dos tercios de votos en cada una de las Cámaras, retirar el efecto de inconstitucionalidad de la decisión de los jueces, conforme definía el artículo 96 y párrafo único.

ZENO VELOSO destaca que la declaración de inconstitucionalidad juzgada por el Poder Judicial podría no ser aplicada y se quedaría sin efecto por decisión del Parlamento en respuesta a la petición del Presidente de la República. La Constitución de 1937 “*no saltó del papel a la vida*” y se trataba

²⁸⁴ MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE. “*A teoria das constituições rígidas*”. Editor José Bushatsky. São Paulo. 1980. Pág. 170.

²⁸⁵ BONAVIDES, PAULO. “*Curso de direito constitucional*”. Editora Malheiros. São Paulo. 1993. Pág. 257.

de una Constitución apenas nominal que prácticamente no fue ejecutada.²⁸⁶ Formalmente no se hablaría sobre la vigencia de dicha Constitución pues su artículo 187 la sometía a un plebiscito nacional; pero el artículo 186 de la misma Constitución establecía el estado de emergencia en todo el país y durante ese período la Constitución quedaría suspendida, en los términos de sus artículos 168 y 170.

La segunda posguerra alteró la política brasileña y GETÚLIO VARGAS fue depuesto el 29 de octubre de 1945. A partir de ahí Brasil inició un proceso de redemocratización con la siguiente Constitución que revocó el citado artículo 186 de la Constitución de 1937.

Las tres principales influencias en la elaboración de la Constitución de 1946 fueron la Constitución norteamericana y el ideal federalista; la Constitución francesa de 1848, que tenía como objetivo relativizar el sistema presidencialista con la inclusión de los Ministros de Estado; y la Constitución de Weimar, que inspiraba la inclusión de los principios referentes al orden económico y social. En el plano interno mantuvo muchas de las disposiciones de la Constitución de 1934.²⁸⁷

La Constitución de 1946 restauró el control judicial en el derecho brasileño y disciplinó los casos de autorización para el uso de los recursos extraordinarios. Además, preservó la exigencia de la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal para la eficacia de la decisión de declaración de inconstitucionalidad y mantuvo la competencia del Senado Federal para suspender la ejecución de una ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

Esta última Constitución profundizó en el funcionamiento de la representación de intervención, atribuyendo al Procurador General de la República la titularidad de la representación de inconstitucionalidad en el caso de violación de los siguientes principios, enumerados en los artículos 8º, párrafo único y 7º, VII:

²⁸⁶ VELOSO, ZENO. *“Controle jurisdicional de constitucionalidade”*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Ob. Cit. Pág. 32.

²⁸⁷ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *“O sereito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira.”* Editora Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 26.

1. *Forma republicana representativa.*
2. *Independencia y armonía entre los poderes.*
3. *Temporalidad de las funciones electivas, limitadas en su duración a las funciones federales correspondientes.*
4. *Prohibición de la reelección de los gobernadores y prefectos para el siguiente período.*
5. *Autonomía municipal.*
6. *Prestación de cuentas de la Administración.*
7. *Garantías del Poder Judicial.*

La representación de intervención sería configurada como una acción directa de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo federal que se presentase contraria a los principios constitucionales sensibles antes aludidos. A pesar de que su objetivo no era el de establecer un verdadero control concentrado de constitucionalidad, ya que la decisión del Supremo Tribunal Federal no operaba *erga omnes* y además estaba limitada a los casos de los principios dispuestos en los artículos 7º, VII, y, 8º, párrafo único, la reglamentación significó el puente para la adopción del control concentrado de constitucionalidad en Brasil. Esto ocurrirá con el advenimiento de la Enmienda 16 de 1965, que, ampliando la competencia originaria del Supremo Tribunal Federal, concedió una nueva redacción al artículo 101, I, k, de la Constitución de 1946, determinando la competencia para juzgar la representación contra inconstitucionalidad de una ley o acto de naturaleza normativa federal o estatal, encaminada por el Procurador General de la República.²⁸⁸

En el desarrollo de la historia política brasileña el marco fundamental para comprender la siguiente Constitución de 1967 fue el golpe militar deflagrado el 31 de marzo de 1964 debido a la inestabilidad política y económica del país, originadas por las paralizaciones de los trabajadores de forma sucesiva y generalizada, así como la subversión de la jerarquía militar

²⁸⁸ VELOSO, ZENO. “*Controle jurisdiccional de constitucionalidade*”. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Ob. Cit. Pág. 33.

detectada en los movimientos de los sargentos y oficiales de bajo rango. Las fuerzas victoriosas mantuvieron la Constitución anterior, pero crearon una normatividad paralela que sería supraconstitucional.

La era de los actos institucionales estaba empezando con la edición del Acto Institucional del 9 de abril de 1965, instituido por los comandantes jefes de las Fuerzas Armadas disponiendo sobre las nuevas reglas: elección indirecta del Presidente; suspensión de las garantías de vitalidad y estabilidad; posibilidad de dimisión, dispensa o aposentaduría de funcionarios federales, estatales y municipales; posibilidad de casación de los derechos políticos y mandatos legislativos. Por el Decreto nº 58.198, de 1966, el Gobierno instituyó una Comisión Especial que publicó la nueva Constitución marcada por la concentración vertical y horizontal del poder.²⁸⁹

La Constitución de 1967 mantuvo sin alteraciones el control difuso de inconstitucionalidad y la acción directa de inconstitucionalidad subsistió del mismo modo que estaba prevista en la Constitución de 1946 y su Enmienda nº 16, de 1965. La representación de intervención fue ampliada para proveer la ejecución de ley federal (artículo 10, VI, 1ª parte) además de la observancia de los principios constitucionales sensibles. Se preservó el control de constitucionalidad concentrado tal como fue establecido en la Enmienda 16, en el artículo 119, I, I, de la Constitución de 1967, pero no incorporó la creación del proceso de competencia originaria de los Tribunales de Justicia de los Estados para la declaración de inconstitucionalidad una de ley o actos de los municipios que contrariasen las Constituciones de los Estados. Sin embargo, la Enmienda nº 1, de 1969, previó el control de constitucionalidad de las leyes municipales a favor de la Constitución estatal para fines de intervención en el municipio.²⁹⁰

La actual Constitución que se encuentra vigente ha traído importantes perfeccionamientos a la democracia en la fiscalización de la

²⁸⁹ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *“O direito constitucional e a efetividade de suas normas. limites e possibilidades da Constituição brasileira.”* Editora Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2003. Ob. Cit. Pág. 36.

²⁹⁰ GANDRA DA SILVA MARTINS, IVES. FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.”* Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Ob. Cit. Pág. 44.

constitucionalidad. La Constitución de 1988 mantuvo el modo mixto de control de constitucionalidad e incorporó la acción de inconstitucionalidad por omisión. La necesidad de suspensión de la ley o acto juzgados inconstitucionales por el Senado Federal se mantuvo en el control difuso. Además amplió el número de legitimados para ingresar con la acción directa de inconstitucionalidad y, de esta forma, se rompe con el monopolio del Procurador-General de la República.²⁹¹

La edición de posteriores Enmiendas Constitucionales creó nuevos institutos posibilitados por el nuevo orden constitucional. Considerando la importancia actual de la Constitución de 1988 dedicaremos los próximos apartados para comprender el funcionamiento del control mixto de constitucionalidad existente en Brasil.

3.2. EL CONTROL CONCENTRADO EN BRASIL: COMPETENCIA, LEGITIMIDAD Y CLASES.

Hemos dicho que la Constitución brasileña de 1934 fue el primer cauce legal en plantar la semilla de la actuación concentrada para la verificación de inconstitucionalidad. A través de esta Constitución se dotaba de legitimidad al Procurador General de la República para accionar la competencia del Supremo Tribunal Federal en la verificación de la intervención de la Unión Federal en los casos en que hubiera ofensa a los principios constitucionales sensibles, consagrados en el artículo 7º, nº 1, *a e h*, *b*.

LENIO STRECK subraya que, a pesar de que la acción de intervención ha sido el camino que culminó en la creación de la acción directa de inconstitucionalidad en 1965, esta modalidad de control estaba lejos de ser considerada como una clase de control concentrado de constitucionalidad,

²⁹¹ *Ibíd.* Pág. 63.

pues aludía siempre a un caso concreto de intervención federal, en el cual la decisión del Supremo Tribunal Federal no tenía eficacia *erga omnes*.²⁹²

Será con la Enmienda nº 16, de noviembre de 1965, cuando se amplía la competencia originaria del Supremo Tribunal Federal, autorizándolo a procesar y juzgar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estatal propuesta por el Procurador General de la República. Así, pasa a existir, al lado del control difuso y de la acción de intervención, el control concentrado de constitucionalidad.

CLÈMERSON CLÈVE expresa que es sorprendente el hecho de que el control concentrado de constitucionalidad haya sido instituido en Brasil por el Régimen Militar, especialmente porque esta modalidad de control contraría la dinámica de cualquier dictadura, prestándole la función de garantía de los derechos fundamentales.²⁹³

En cambio hay que analizar que la preocupación de los militares era establecer un mecanismo rápido y eficaz para evitar que los jueces y tribunales con pensamiento democrático, mediante acciones en el control difuso, obstaculizasen las acciones del Gobierno. El control concentrado de constitucionalidad, en aquel momento, se presentaba como una forma para mantener el control del sistema jurídico-político, después de que el Supremo Tribunal Federal pasara por un cambio en sus Ministros.²⁹⁴

En la Constitución de 1988 se mantuvo el control mixto de constitucionalidad, disponiendo que el Supremo Tribunal Federal tuviera competencia privativa para ejercer el control concentrado en los términos del artículo 102, inciso I, apartado a, de dicha Constitución. Conforme el contenido del artículo 101 y párrafo único, la Corte Suprema se compone de once Ministros que serán nombrados por el Presidente de la República, después de

²⁹² STRECK, LENIO LUIZ. *“Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Pág. 444.

²⁹³ CLÈVE, CLÈMERSON. *“A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro”*. Editora RT. São Paulo. 1995. Pág. 70.

²⁹⁴ STRECK, LENIO LUIZ. *“Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Pág. 448.

haber sido aprobada la selección por la mayoría absoluta del Senado Federal.²⁹⁵

En principio, la Carta Magna de 1988 amplió el número de legitimados para la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad concediéndole, en el artículo 103, la legitimidad a los siguientes entes: el Presidente de la República; la Mesa del Senado Federal; la Mesa de la Cámara de los Diputados; la Mesa de la Asamblea Legislativa; el Gobernador del Estado; el Procurador General de la República; el Consejo Federal del Orden de Abogados de Brasil; cualquier partido político con representación en el Congreso Nacional; y, la Confederación Sindical o Entidad de Clase de ámbito nacional.

Por imposición de la Enmienda Constitucional nº 45 (que dispone sobre la más reciente reforma del control de constitucionalidad) tienen legitimidad para solicitar el control concentrado de normas las entidades y órganos públicos, y las entidades privadas que representan intereses colectivos, recogidos en el artículo 103 de la Constitución Federal de 1988 en los siguientes términos:

Art. 103. Pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad:

I – el Presidente de la República;

II – la Mesa del Senado Federal;

III – la Mesa de la Cámara de los Diputados;

IV – la Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal;

V – el Gobernador del Estado o del Distrito Federal;

VI – el Procurador General de la República;

VII – el Consejo Federal de la Orden de Abogados del Brasil;

²⁹⁵ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “Constituição 1988”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 23 de enero de 2013.

VIII – los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional;

IX – la Confederación Sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

§ 1º – El Procurador General de la República deberá ser previamente oído en las acciones de inconstitucionalidad y en todos los procesos de competencia del Supremo Tribunal Federal.

§ 2º – Declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para hacer efectiva una norma constitucional, se dará aviso al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, si se trata de órgano administrativo, para hacerlo en treinta días.

§ 3º – Cuando el Supremo Tribunal Federal aprecie la inconstitucionalidad, en tesis, de norma legal o acto normativo, citará, previamente, al Abogado General de la Unión, que defenderá el acto o texto impugnado.²⁹⁶

La mayor legitimación concedida por la Constitución Federal y ampliada con la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, retiró el monopolio de acción del Procurador General de la República, mantenido desde la Constitución de 1967 y la Enmienda constitucional de 1969, que ratificaron el control mixto de constitucionalidad en Brasil y mantuvieron la legitimidad exclusiva del Procurador General de la República para la proposición de la acción en el control concentrado. La Enmienda Constitucional nº 45, conocida como la “*Reforma del Poder Judicial*”, mantuvo la característica de amplia legitimación.

GILMAR MENDES, que subraya las observaciones de ANSCHUTZ sobre el régimen de Weimar, adujo que la concesión a un tribunal de especial atribución para la decisión sobre cuestiones constitucionales limita, explícita o

²⁹⁶ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “*Constituição 1988*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 23 de enero de 2013.

implícitamente, la competencia de la jurisdicción ordinaria para apreciar tales cuestiones. Concluye que la Constitución de 1988 redujo el significado del control de constitucionalidad difuso al ampliar la legitimación para la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad, permitiendo que prácticamente todas las controversias constitucionales relevantes sean sometidas al Supremo Tribunal Federal mediante el control abstracto de las normas.²⁹⁷

Es cierto que la apertura del número de legitimados para la proposición de las acciones constitucionales en el control concentrado promovió mayor democratización en las cuestiones constitucionales, como por ejemplo la posibilidad de proposición de las acciones constitucionales a los partidos políticos representando la utilización del control concentrado para la defensa de las minorías, conforme pretendía la idea de KELSEN. Sin embargo, es obligado subrayar que el control difuso puede ser un importante instrumento para conceder contenidos más concretos a la declaración de inconstitucionalidad y por ello disintimos de la idea de que el control concentrado redujo la importancia del control difuso de constitucionalidad en el modelo mixto adoptado en Brasil.²⁹⁸

WALTER ROTHENBURG afirma que la aproximación entre los modelos concentrado y difuso propicia la posibilidad del primero de perjudicar al segundo, pues cuanto más amplia sea la decisión acerca de la constitucionalidad del acto normativo y mayor la autoridad de la Corte Constitucional encargada de proferir la decisión, menos espacio quedará para las decisiones en el control difuso con base en el caso concreto. De otro modo, no se puede dejar en segundo plano la importancia del control difuso porque a él está reservado el examen de las vicisitudes concretas y no solamente el análisis abstracto de la norma; asimismo, prepara las bases para una decisión

²⁹⁷ GANDRA DA SILVA MARTINS, IVES. FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.”* Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Ob. Cit. Pág. 308.

²⁹⁸ ARRUDA, PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 72.

mejor fundamentada después de la apreciación del caso concreto por diversos órganos judiciales.²⁹⁹

De hecho, la apertura del número de legitimados para la proposición de las acciones constitucionales en el control concentrado proporcionó una mayor amplitud en el proceso de interpretación. GUSTAVO BINENBOJM, refiriéndose a la Ley 9.868, de 1999, asevera que esta ley señala una mayor apertura en el proceso de interpretación constitucional al admitir expresamente la manifestación de otros órganos o entidades, además de las partes formales, en el proceso de control concentrado de acuerdo con su representatividad y la relevancia de la materia en cuestión.³⁰⁰ En efecto, KARL LARENZ considera que toda ley es aprobada teniendo en cuenta la producción de repercusiones concretas sobre la realidad y solamente en la confrontación con situaciones concretas es cuando la norma revela su contenido significativo.³⁰¹

El control de constitucionalidad en Brasil se produce a través del control jurisdiccional sucesivo utilizando los instrumentos jurídicos de la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declaratoria de constitucionalidad, y la inconstitucionalidad por omisión. Aunque se pueda asociar la Petición por Incumplimiento de Precepto Fundamental al control concentrado de constitucionalidad entendemos que la misma se acerca más a las acciones constitucionales para la tutela de derechos tal como expusimos en apartados anteriores.

El control previo de constitucionalidad de las leyes en Brasil es ejercido por órganos políticos (en el proceso legislativo) con el objetivo de evitar la introducción de normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico. Las Casas del Congreso Nacional cuentan con la Comisión de Constitución y Justicia de forma permanente que emitirá, conforme el caso, un parecer sobre la inconstitucionalidad de la ley. Por fin, tras la aprobación del proyecto, podrá el Presidente de la República vetar la ley si se la considera inconstitucional. La

²⁹⁹ ROTHENBURG, WALTER. In: SARMENTO, Daniel (Org.) “*O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9869/99*”. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2001. Pág. 289.

³⁰⁰ BINENBOJM, GUSTAVO. In: SARMENTO, Daniel (Org.) “*O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9868/99*”. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2001. Pág. 163.

³⁰¹ LARENZ, Karl. “*A metodologia da ciência do direito*”. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1989. Pág. 160.

doctrina dominante entiende que no es posible el control preventivo de constitucionalidad con respecto a los proyectos de ley o propuestas de enmiendas a la Constitución, salvo en el caso de inconstitucionalidad por omisión.³⁰²

El Supremo Tribunal Federal considera que la verificación de inconstitucionalidad tiene por objeto leyes y actos normativos ya aprobados y publicados. No se podría utilizar el control jurisdiccional de inconstitucionalidad para verificar una ley o un acto en fase de discusión y votación sin estar concluido el proceso legislativo, según lo dispuesto en la acción directa de inconstitucionalidad nº 466/91, del relator Ministro CELSO DE MELLO.³⁰³

Sin embargo, la Constitución de 1988 amplió las limitaciones substanciales y las restricciones al poder constituyente derivado, extendiendo los núcleos duros inmodificables de la Constitución, como por ejemplo, los derechos y garantías individuales y los derechos políticos, que se van a constituir como límites implícitos de reforma a la Carta Magna.³⁰⁴ El veto previsto en el artículo 60, párrafo 4º de la Constitución de 1988 prevé que no serán objeto de deliberación la Enmienda Constitucional tendente a abolir la forma federativa del Estado; y tampoco lo serán el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes; y los derechos y garantías fundamentales.³⁰⁵

En los casos en que haya proceso legislativo que tienda a abolir dichas cláusulas intangibles, la más acreditada doctrina entiende que es posible la incidencia de fiscalización jurisdiccional de constitucionalidad sobre proyectos de enmiendas a la Constitución Federal, que oponiéndose al artículo 60, párrafo 4º, que tenga por objetivo abolir la materia del núcleo inmodificable

³⁰² ³⁰² VELOSO, ZENO. “*Controle jurisdiccional de constitucionalidade*”. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Ob. Cit. Pág. 158.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. “*ADIn 466/91*.”. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADIn&processo=466&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 23 de enero de 2013.

³⁰⁴ FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. “*Curso de direito constitucional*”. Editora Saraiva. São Paulo. 1996. Pág. 162.

³⁰⁵ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “*Constituição 1988*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 23 de enero de 2013.

de la Carta Magna. La afirmación se apoya en la interpretación del citado artículo que dispone sobre la inconstitucionalidad de la pretensión legislativa de deliberar sobre una propuesta tendente a la abolición de dichas cláusulas.³⁰⁶ Es imprescindible subrayar que tales hipótesis se identifican como excepción a la imposibilidad de control jurisdiccional preventivo de inconstitucionalidad, que es la regla en el ordenamiento brasileño.

A su modo, en el control jurisdiccional sucesivo la verificación de inconstitucionalidad ocurre con ocasión de la inconstitucionalidad por omisión, por la acción directa de inconstitucionalidad, y por la acción de declaración de constitucionalidad. En lo que se refiere a la primera especie ANNA FERRAZ dispone que la omisión de los poderes constituidos, en cuanto a su obligación de dictar normas indispensables para la aplicación de la Constitución, configura un proceso de cambio constitucional que a pesar de no alterar el texto constitucional, modifica su alcance al paralizar la aplicación constitucional pendiente de reglamentación. Esta paralización de la aplicación de la Constitución es vista como inconstitucional.³⁰⁷

La inconstitucionalidad por omisión en Brasil se inspiró en el modelo portugués en lo que se refiere a la ausencia de medidas legislativas necesarias para hacer ejecutables las normas constitucionales, y, además, en los casos en que los órganos administrativos no elaboran las medidas de orden normativo para conceder efectividad a las normas constitucionales, según lo previsto en el artículo 103, párrafo 2º, de la Constitución brasileña.³⁰⁸

JORGE MIRANDA apunta los requisitos de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión legislativa, extraídos del artículo 283 de la Constitución portuguesa: *“a) que el no cumplimiento de la Constitución derive de la violación de cierta y determinada norma; b) que se trate de norma*

³⁰⁶ VELOSO, ZENO. *“Controle jurisdiccional de constitucionalidade”*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Ob. Cit. Pág. 160.

³⁰⁷ CUNHA FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA. *“Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais”*. Editora Max Limonad. São Paulo. 1986. Pág. 231.

³⁰⁸ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. *“Constituição 1988”*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 23 de enero de 2013.

*constitucional no exequible por sí misma; c) que, en las circunstancias concretas de la práctica legislativa, hagan falta las medidas legislativas necesarias para hacer exequible aquella norma.”*³⁰⁹

J.J. GOMES CANOTILHO aduce que el simple deber general de proposición de las leyes no fundamenta una omisión inconstitucional, pues las órdenes constitucionales generales de legislar a pesar de configurar deberes de acción legislativa, no establecen concretamente lo que el legislador debe hacer para que, en el caso de omisión, se pueda hablar de silencio legislativo inconstitucional.³¹⁰

En efecto, es necesario para la caracterización de la inconstitucionalidad por omisión que la violación por omisión de las normas constitucionales no resulte de la aplicación global de la Constitución, es decir, de un conjunto de disposiciones y principios, sino que sea resultado de la violación de un precepto determinado, lo cual no pueda ser exequible por la omisión del poder público.³¹¹

En este sentido, la inconstitucionalidad por omisión intenta garantizar la juridicidad y normatividad fáctica de las normas constitucionales, pero como ha evidenciado la práctica en Brasil, el límite para la innovación constitucional estaba en la relación entre los poderes republicanos, esto es, la sentencia que reconociese la omisión inconstitucional y dispusiese normativamente sobre la materia hasta que la omisión legislativa fuera suprimida, significaría la invasión de los otros poderes por el poder judicial.³¹²

La posición asumida por el Supremo Tribunal Federal consiste en limitarse a manifestar que el efecto de su decisión se reduce a notificar tal vacío al legislador, no teniendo el Tribunal Supremo la prerrogativa de expedir

³⁰⁹ MIRANDA, JORGE. *“Manual de direito constitucional”*. Volume VI. Editora Coimbra. Coimbra. 2001. Pág. 284.

³¹⁰ CANOTILHO, J. J. GOMES. *“Constituição dirigente e vinculação do legislador”*. Coimbra Editores. Coimbra. 1994. Pág. 331.

³¹¹ MACEDO NERY FERRARI, REGINA MARIA. *“Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”*. Editora RT. São Paulo. 1990. Pág. 154.

³¹² AFONSO DA SILVA, JOSÉ. *“Curso de direito constitucional positivo”*. Malheiros Editores. São Paulo. 1997. Pág 51.

normas con el objetivo de suprimir la inactividad del órgano legislativo que no cumplió con su obligación.³¹³

A su vez, la acción directa de inconstitucionalidad impugna una ley en abstracto y el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal opera con eficacia *erga omnes*, efectos *ex tunc* (retroactivos), y efecto vinculante. Lo mismo sucede con la acción de declaración de constitucionalidad. En ambos casos se presenta una hipótesis de proceso objetivo para la verificación de inconstitucionalidad o constitucionalidad en abstracto de la norma, conforme lo disciplinado para su procedimiento en la Ley 9.868, de 1999, siguiendo el modelo del control concentrado previsto por KELSEN.

GILMAR MENDES aduce que la acción de declaración de constitucionalidad se configura en un típico proceso objetivo, destinado a proporcionar seguridad jurídica alejando el estado de incertidumbre sobre la legitimidad de la ley o acto normativo federal y se configura como una acción directa de inconstitucionalidad con la señal cambiada, o sea, sería justamente el revés de la acción directa de inconstitucionalidad lo que no justificaría la impugnación de la doctrina brasileña acerca de su inconstitucionalidad.³¹⁴

La verdad es que la doctrina brasileña disintió sobre la constitucionalidad de la acción de declaración de constitucionalidad que fue introducida en el ordenamiento jurídico brasileño por la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, que prevé especial efecto vinculante en el control concentrado de constitucionalidad, lo que evidenciaría contrariedad a los principios de imparcialidad del juez, de amplia defensa y del contradictorio. Considerando la estrecha relación entre la discusión acerca de la inconstitucionalidad de la acción de declaración de constitucionalidad y el efecto vinculante, ambos consagrados en la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993 y ratificados por la Enmienda Constitucional nº 45 que trató de la reforma

³¹³ WERNECK VIANNA, LUIZ. REZENDE DE CARVALHO, MARIA ALICE. PALACIOS CUNHA MELO, MANUEL. BAUMANN BURGOS, MARCELO. *“A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”*. Editora Revan. 1999. Pág. 141.

³¹⁴ GANDRA DA SILVA MARTINS, IVES. FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.”* Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Ob. Cit. Pág. 256.

del Poder Judicial, analizaremos conjuntamente el tema en el apartado que versa sobre el efecto vinculante del control concentrado.

3.2.1. Los efectos del control concentrado de constitucionalidad en Brasil.

3.2.1.1. Los efectos *ex nunc* y *ex tunc* en el control concentrado.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son entendidos tradicionalmente en Brasil como la equiparación entre inconstitucionalidad y nulidad, fundamentada en el hecho de que reconocer efectos a la ley inconstitucional sería suspender temporal o parcialmente la Constitución.³¹⁵

Este entendimiento se construyó con base en la doctrina americana, *the unconstitutional statute is not law at all*. El Supremo Tribunal Federal preserva la orientación que considera nula *ipso juri* la ley inconstitucional, significando efectos *ex tunc*, conforme el Recurso Extraordinario nº 93.356, del relator Ministro LEITÃO DE ABREU.³¹⁶

En contrapartida, para KELSEN, afirmar que una ley válida es contraria a la Constitución sería un contrasentido, pues:

*“Una ley solamente puede ser válida con fundamento en la Constitución. Cuando se tiene fundamento para aceptar la validez de una ley, el fundamento de su validez tiene que residir en la Constitución. De una ley inválida no se puede, sin embargo, afirmar que es contraria a la Constitución, pues una ley inválida no es siquiera una ley, porque no es jurídicamente existente y, por tanto, no es posible cualquier afirmación jurídica sobre ella”.*³¹⁷

³¹⁵ BUZAID, ALFREDO. “*Da ação direta de declaração da inconstitucionalidade no direito brasileiro*”. Editora Saraiva. São Paulo. 1958. Págs. 128-132.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. “RE 93.356.”. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=RE&processo=93356&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013.

³¹⁷ KELSEN, HANS. “*Teoria pura do direito*”. Editora Martins Fontes. São Paulo. 1998. Pág. 367.

La jurisprudencia de la Corte Suprema se inclinó a admitir que ciertas circunstancias autorizan la adopción de efectos *ex nunc*. Conforme asevera GILMAR MENDES, el propio Supremo Tribunal Federal ha citado las insuficiencias existentes en el ámbito de las técnicas de decisión en el proceso de control de constitucionalidad, señalando la extrema dificultad de superar los casos de omisión parcial en el control concentrado.³¹⁸

La citada Ley nº 9868, de 1999, acatando la necesidad de establecer un contenido más concreto para la producción de los efectos en el control concentrado de constitucionalidad, previno:

Art. 9º. Vencidos los plazos del artículo anterior, el relator divulgará el informe, con copia a todos los Ministros, y pedirá día para juicio.

§ 1º En caso de necesidad de aclaración de materia o circunstancia de hecho o de notoria insuficiencia de las informaciones existentes en los autos, podrá el relator solicitar informaciones adicionales, designar experto o comisión de expertos para que emita parecer sobre la cuestión, o fijar fecha para, en audiencia pública, oír declaraciones de personas con experiencia y autoridad en la materia.

§ 2º El relator podrá, todavía, solicitar informaciones a los Tribunales Superiores, a los Tribunales federales y a los Tribunales estatales acerca de la aplicación de la norma impugnada en el ámbito de su jurisdicción.³¹⁹

El artículo 27 de la Ley nº 9868, de 1999, concedió al Supremo Tribunal Federal la facultad de restringir los efectos de la declaración o de decidir que ella solo tiene eficiencia a partir del momento que adquiriera efecto de cosa

³¹⁸ GANDRA DA SILVA MARTINS, IVES. FERREIRA MENDES, GILMAR. “*Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.*” Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Ob. Cit. Pág. 321.

³¹⁹ BRASIL. Presidência. Legislação. “*Leis. 1999*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acceso en: 24 de enero de 2013.

juzgada o de otro momento que venga a ser fijado, a partir de la decisión, por mayoría de dos tercios de sus miembros.

La mayoría cualificada podrá establecer límites para los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, profiriendo la inconstitucionalidad con eficiencia *ex nunc*, especialmente en aquellos casos en que la declaración de nulidad se muestra inadecuada o en las hipótesis en que el vacío resultante de la declaración de nulidad puede dar oportunidad al surgimiento de una situación todavía más distante de la voluntad constitucional. Las relaciones jurídicas que se constituyen de buena fe a la sombra de la ley no se quedan sumariamente canceladas en consecuencia del reconocimiento de la inconstitucionalidad, ni la cosa juzgada pierde por ese motivo los efectos que le aseguran la inmutabilidad.³²⁰

LÚCIO BITTENCOURT alerta sobre esta doctrina de la ineficiencia, *ab initio*, de la ley inconstitucional que no puede ser entendida en términos absolutos, puesto que los efectos de hecho que la norma produjo no pueden ser suprimidos, sumariamente, por simple obra de una decisión judicial. Afirma el autor que la propia Corte Suprema de los Estados Unidos fue obligada a reconsiderar la orientación tradicional, creando excepción a la regla de la invalidez *ab initio*.³²¹

3.2.1.2. El efecto vinculante.

El efecto vinculante, en cuanto consecuencia de la acción de declaración de constitucionalidad, fue ampliamente discutido por los eminentes Ministros del Supremo Tribunal Federal cuando se apreció, en la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 1-Distrito Federal, el significado de la eficiencia *erga omnes* y del efecto vinculante, al decidir sobre la Cuestión de

³²⁰ GANDRA DA SILVA MARTINS, IVES. FERREIRA MENDES, GILMAR. “*Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.*” Editora Saraiva. São Paulo. 2001. Ob. Cit. Pág. 324.

³²¹ BITTENCOURT, C. A. LÚCIO. “*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.*” Editora Forense. Rio de Janeiro. 1968. Ob. Cit. Pág. 147.

Orden en el Tribunal Pleno, según la publicación en el Diario de la Justicia el 16 de junio de 1995.³²²

En la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 1- Distrito Federal, el eminente Relator, Ministro MOREIRA ALVES, levantó la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad de la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, en lo referido a la institución de la acción declaratoria de constitucionalidad, indicando el cuestionamiento hecho por la Asociación de Magistrados Brasileños al intentar la Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 913-3, que no fue conocida por falta de legitimidad activa *ad causam*.

Los argumentos para la petición de inconstitucionalidad de la acción declaratoria de constitucionalidad señalaban:

- a) la supresión de la función creadora judicial y de las garantías fundamentales, intocables por el contenido del artículo 60, § 4º, IV de la Constitución Federal Brasileña, destacando la violación de las garantías de acceso al Judicial, al debido proceso legal, a la amplia defensa y al principio del contradictorio, inscritas en el artículo 5º, incisos XXXV, LIV y LV;*
- b) la violación del principio de la separación de poderes, que también constituye cláusula pétrea en la Constitución, por atribuir al Supremo Tribunal Federal la condición de órgano consultivo del Legislativo y del Ejecutivo.*

El eminente relator, oponiéndose a las razones que suscitaron la petición de declaración de inconstitucionalidad de la acción declaratoria, incluida en el ordenamiento jurídico brasileño por la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, adujo que el objeto de la tutela constitucional sería la certeza y la seguridad jurídica. Definió la certeza como la previsibilidad de las

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. “ADC 1-QO.”. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADC&processo=1&curso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013.

consecuencias jurídicas de las acciones humanas, que debería ser considerada en relación a la justicia. Citando a RADBRUCH, el Ministro MOREIRA ALVES afirmó que un derecho incierto sería un derecho injusto, pues no sería capaz de asegurar tratamiento igual a los hechos futuros.³²³

Así, la certeza sería la condición para la realización de la Justicia. Desde este punto de vista, la acción declaratoria de constitucionalidad constituiría una forma directa y preventiva, en proceso autónomo, para combatir la ausencia de certeza sobre cuestiones constitucionales, y no para la tutela de derechos subjetivos.

Votando por la constitucionalidad de la referida acción, el Ministro MOREIRA ALVES entendió que no habría violación de la separación de poderes, aduciendo que el Supremo Tribunal Federal no actuaría de ningún modo como órgano participante del proceso legislativo, ya que estaría privado de cualquier carácter consultivo. La actuación de la Corte Suprema sería para uniformar el entendimiento judicial sobre la constitucionalidad, o no, de determinada norma jurídica.

Resaltó no haber interferencia en la función creadora judicial (que consiste en la adaptación de la norma general abstracta a la extensa variedad de las relaciones humanas, así como a los nuevos hechos emergentes de la evolución social), porque la fijación de determinada interpretación de la norma, con fuerza vinculante, a pesar de encerrar una orden negativa, prescribe la interpretación conforme a la Constitución.

Siguió alegando que un significado diferente demostraría discrepancia con el texto fundamental, y la discrecionalidad judicial de adaptación de la norma a los hechos emergentes de las relaciones sociales supone el sentido compatible con la Constitución. Por esto, la discrecionalidad debe ser limitada por la interpretación unívoca del orden jurídico, como presuponen la certeza y la seguridad jurídica.

Relató todavía, el Ministro MOREIRA ALVES, que no hay supresión de las garantías de acceso al Poder Judicial, al debido proceso legal, a la

³²³ MENDES, GILMAR FERREIRA. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo. 2000. Pág. 81.

amplia defensa y al principio del contradictorio. Los jueces y tribunales continúan siendo competentes para el proceso y el juicio de los litigios concernientes a las relaciones jurídicas constituidas bajo la defensa de la ley o acto normativo federal.

Informó de que por tratarse de un proceso objetivo, es un proceso sin el principio del contradictorio, sin partes, que no tutela derechos subjetivos. Hay en realidad una forma específica de actuación de la jurisdicción constitucional, que se traduce en el acto político de fiscalización de los Poderes (incluso del Poder Judicial) en cuanto a la conformidad, o no, con la Constitución de los actos normativos dictados.

El Ministro MOREIRA ALVES entiende que las restricciones al control difuso de constitucionalidad derivan de la eficiencia *erga omnes*, y no del efecto vinculante de la acción declaratoria de constitucionalidad. El efecto vinculante posibilita a los concretamente perjudicados con la falta de respeto de la decisión *ad quem* por los demás órganos del Poder Judicial, que dispongan de la Reclamación al Supremo Tribunal Federal para reparar la vulneración de forma más rápida que el recurso extraordinario.

Disintiendo de las concepciones adoptadas por el eminente Relator, el Ministro MARCO AURÉLIO votó por la inconstitucionalidad de la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, en lo referente a la acción declaratoria de constitucionalidad.

El Ministro MARCO AURÉLIO relató que, hasta el advenimiento de la referida Enmienda, el orden jurídico-constitucional apenas contemplaba, mitigando el control difuso, una única especie de acción, constituyéndose en proceso objetivo, puesto que así se consideraba la acción directa de inconstitucionalidad, que encierra la pronunciación de una sentencia con carga declaratoria negativa, concretizándose la actuación de legislador negativo del Supremo Tribunal Federal. Esta cautela tendría eficiencia *erga omnes* dado el carácter abstracto de que se reviste.

Admitía todavía que el rol de los derechos y garantías individuales del artículo 5, de la Constitución Federal, como el acceso al Poder Judicial, asegurados el principio del contradictorio, la amplia defensa y el debido proceso legal, se mostró minimizado con la acción directa de inconstitucionalidad que se constituye en proceso objetivo.

No obstante, el Ministro MARCO AURÉLIO adujo que la creación de una acción más (la declaratoria de constitucionalidad) acabaría por solapar derechos y garantías individuales asegurados por la Carta Magna, cuando la atribución del efecto vinculante a una declaración afirmativa de constitucionalidad haya alejado la realización de un juicio libre, orientado por la prueba de los autos, y con convencimiento formado por el juicio *a quo*.

Indagó todavía sobre lo que acontecería con las centenas y miles de acciones que estaban en tramitación, en las cuales se discutía el valor constitucional de la ley. Indicó dos consecuencias posibles:

- a) si el Supremo Tribunal Federal por mayoría absoluta de votos declara constitucional la ley, los demás órganos del Poder Judicial estarán compelidos a juzgar basándose en soluciones idénticas a todas las demandas judiciales que versen sobre el tema, debido al citado efecto vinculante; es decir, sin la realización de un juicio libre y, por tanto, orientado por la prueba de los autos;*
- b) si el Supremo Tribunal Federal declara la inconstitucionalidad, de la misma forma se hará presente el efecto vinculante.*

El Ministro MARCO AURÉLIO expresó que, en virtud de la primera conclusión, los contribuyentes que tuvieran una acción en tramitación, bien en primer grado, bien en segundo, perderían el bien en litigio sin el debido proceso legal, ya que estarían imposibilitados para participar del proceso objetivo juzgado por el Supremo Tribunal Federal. Sería una hipótesis de apreciación anticipada de las demandas, teniendo en cuenta la obligatoria observancia de la declaración de constitucionalidad, de la cual no participaron los interesados que fueron parte en los procesos.

Resaltó todavía que la acción declaratoria de constitucionalidad se mostraría con efectos que superarían los de la criticada “*avocatória*” (que significaba la posibilidad del Supremo Tribunal Federal de llamar para sí, *ex officio*, la apreciación de la demanda), pues, en esta última, se dejaba al criterio del Supremo Tribunal Federal el ejercicio del filtro sobre la conveniencia y

oportunidad de la avocación. Además, se mantenía íntegra la relación procesal subjetiva, preservándose el debido proceso legal en el que las partes mantenían sus derechos de defensa con la expectativa de un verdadero juicio.

Los eminentes Ministros del Supremo Tribunal Federal disintieron principalmente en cuanto a la adopción del efecto vinculante en las declaraciones de constitucionalidad.

El Ministro MOREIRA ALVES afirmó que los jueces y tribunales continuarían competentes para el proceso y juicio de los litigios concernientes a las relaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la ley o de acto normativo federal, objeto de la acción declaratoria de constitucionalidad. Resaltó que es en la eficacia general de la decisión donde residirían las restricciones a las garantías fundamentales enunciadas.

Informó todavía de que la eficacia para todos significaría que los jueces y tribunales, incluso el Supremo Tribunal Federal, estarían vinculados al pronunciamiento judicial. De esta forma, la innovación traída por la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, al dar nueva redacción al párrafo 2º del artículo 102 de la Constitución, fue la previsibilidad de reclamación cuando haya contrariedad a la autoridad de los juzgados de la Corte Suprema en acción declaratoria de constitucionalidad, no habiendo ninguna alteración en cuanto a la identidad esencial del alcance de las sentencias en las dos acciones (declaratoria y directa de inconstitucionalidad).

El Ministro MOREIRA ALVES resumió que el contenido de la eficacia *erga omnes* impone los efectos a todos, siendo presupuesto del proceso objetivo. El contenido del efecto vinculante está en la posibilidad de que la ausencia de respeto a la decisión de la acción declaratoria de constitucionalidad sea reparada no sólo por los recursos previstos en la legislación procesal, sino también por vía de Reclamación, haciendo obligatoria la obediencia a la decisión del Supremo Tribunal Federal.

Por último, justificó la utilidad del efecto vinculante en dos órdenes. La primera para evitar que las instancias inferiores continúen juzgando en contra, ya que la eficacia *erga omnes* no impide la desobediencia a la sentencia declaratoria de constitucionalidad, restando a los perjudicados en el caso concreto el uso del recurso extraordinario. La segunda, para impedir que el Poder u órgano de que emanó el acto normativo juzgado inconstitucional

vuelva a reincidir en la inconstitucionalidad, pronunciando un nuevo acto con el mismo contenido que el anterior, hipótesis en la que sería necesaria la proposición de nueva acción directa de inconstitucionalidad, pues la declaración anterior no alcanza al segundo acto.

El Ministro MOREIRA ALVES considera que el efecto vinculante permite defender la seguridad jurídica con el respeto al orden constitucional.

En otra línea, el Ministro MARCO AURÉLIO resaltó que, con la acción declaratoria de constitucionalidad y el efecto vinculante resultantes de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, las demandas en curso se veían afectadas y las decisiones serían derivadas de simple y obligatoria observancia de lo que fue decidido en el proceso objetivo de constitucionalidad, sin que los interesados en los conflictos concretos hayan participado en ellas.

A su vez, el alcance del efecto vinculante sobre el enunciado de la jurisprudencia fue debatido en la declaración fechada el 5 de febrero de 2004, cuando la petición de vista del Ministro GILMAR MENDES, en el juicio de *Agravio Regimentar*³²⁴ en la Reclamación nº 2475, impetrada por la Unión Federal, suspendió el juicio sobre cobro de la contribución para la financiación de la Seguridad Social.

La Hacienda Nacional pidió en la Reclamación nº 2475 en el Supremo Tribunal Federal, revisión contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia, que determinó la dispensa de la contribución para la financiación de la Seguridad Social para las sociedades civiles. La dispensa reglamentada por la Ley Complementaria nº 70, de 1991 había sido revocada por la Ley nº 9430, de 1996.

Para el Superior Tribunal de Justicia, la revocación por ley ordinaria de la dispensa concedida por la Ley Complementaria nº 70, de 1991, vulnera el principio de la jerarquía de las leyes. Entiende el Superior Tribunal de Justicia que la ley ordinaria no puede revocar determinación de la ley complementaria, siendo, por tanto, ilegítima la revocación, por la Ley Ordinaria nº 9430, de 1996,

³²⁴ El “Agravio Regimentar” es utilizado para elevar al Pleno del STF las decisiones que supongan violación del interés de la parte y en este caso la Reclamación que no ha sido admitidas à trámite por el Ministro que la recibió, en los términos del artículo 317 del RISTF.

de la dispensa conferida por la Ley Complementaria nº 70, de 1991 a las sociedades prestadoras de servicios.

En contrapartida, la Hacienda Nacional aduce que la decisión ofendió la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 1, por la cual el Supremo Tribunal Federal afirmó que la Constitución no exige ley complementaria para disciplinar la contribución para la financiación de la Seguridad Social, motivo por el cual la Ley Complementaria nº 70, de 1991, que la instituyó es una ley formalmente complementaria, pero materialmente ordinaria.

En el juicio de *Agravio Regimenter* en la Reclamación nº 2475, de 5 de febrero de 2004, la Unión Federal contesta la decisión del relator, el Ministro CARLOS VELLOSO, que negó la petición contra el Superior Tribunal de Justicia, por mantener la dispensa del pago de la contribución para la financiación de la Seguridad Social para la Camargos Pedrosa Servicios Médicos Ltda. y otros, considerando que la dispensa concedida por la Ley Complementaria nº 70, de 1991, a las sociedades prestadoras de servicios no puede ser revocada por la ley ordinaria, y en el caso concreto, no puede ser revocada por la Ley nº 9430, de 1996.

La Unión alega que el Superior Tribunal de Justicia violó la autoridad del Supremo Tribunal Federal, que, en el juicio de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 1, tenía declarado que la Ley Complementaria nº 70, de 1991, es materialmente ordinaria y apenas formalmente complementaria.

Afirmó que la Constitución Federal no exige ley complementaria para discutir el tributo, lo que legitimaría la revocación, por el artículo 56 de la Ley nº 9.430, de 1996, de la dispensa de la contribución para la financiación de la Seguridad Social para las sociedades civiles de prestación de servicios profesionales. Por fin, la Unión sustentó que el entendimiento firmado por la decisión del Superior Tribunal de Justicia permite a las sociedades civiles no pagar la contribución para la financiación de la Seguridad Social, lo que causa enorme perjuicio a los fondos públicos.

El Ministro CARLOS VELLOSO negó la petición contra la decisión de la Segunda Sala del Superior Tribunal de Justicia, argumentando que la decisión en la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 1 no afirmó que era la Ley Complementaria nº 70, de 1991, una ley complementaria simplemente formal. Esta referencia fue efectuada en el voto del Ministro MOREIRA ALVES,

relator de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 1, en la declaración incidental de constitucionalidad, y no como fundamento determinante.

Resaltó el Ministro CARLOS VELLOSO que el efecto vinculante alcanza a lo que fue decidido por la Corte. En la decisión proferida en la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 1, no se lee que la Ley Complementaria nº 70, de 1991, es ley complementaria simplemente desde el punto de vista formal o que ella es materialmente ley ordinaria. El Ministro aduce que el fundamento o el *obiter dictum* no integran el dispositivo de la decisión y negó el procesamiento al Agravio, estando el Ministro CARLOS VELLOSO acompañado por los Ministros MARCO AURÉLIO y SEPÚLVEDA PERTENCE.

Sin embargo el Ministro GILMAR MENDES en su petición de vista defendió que el efecto vinculante no debería recaer solamente sobre el dispositivo de la decisión, pero debería vincular el *obiter dictum* haciendo con que los “fundamentos determinantes” vinculasen formalmente todo el poder judicial y el ejecutivo a las determinaciones del STF, cabiendo la Reclamación constitucional contra decisiones disidentes. En esa línea argumentativa concluyó su voto a favor del procesamiento del “*Agravo Regimental*” y de la suspensión de los efectos de la decisión proferida por el Superior Tribunal de Justicia.

En efecto, la tesis del Ministro GILMAR MENDES no fue acatada por la mayoría de votos y el alcance del efecto vinculante en Brasil como modalidad de vinculación formal de la jurisprudencia se limitó al dispositivo final de la decisión habiendo sido negado el trámite del “*Agravo Regimental*”.

La vinculación formal de la jurisprudencia que toma a regla de precedentes del *common law* e intenta aplicarle los parámetros de la *civil law* ha posibilitado que la doctrina haya asumido posicionamientos favorables y contrarios a las consecuencias del efecto vinculante.

Nos preguntamos: ¿se entenderá que el óbice a la actuación del control difuso de constitucionalidad estaría representado por la eficacia *erga omnes*?

GILMAR MENDES afirma que la eficacia *erga omnes* de la decisión del Supremo Tribunal Federal se refiere a la parte dispositiva de lo juzgado, y, por el prisma estrictamente procesal, la eficacia *erga omnes* impide que la cuestión sea sometida una más vez a la apreciación. De esta forma la eficacia

erga omnes tiene como límite objetivo que la Corte Suprema proceda a la nueva verificación de inconstitucionalidad, salvo cuando existan cambios significativos de las circunstancias de hecho o relevante alteración de las concepciones jurídicas dominantes. La eficacia *erga omnes*, como la cosa juzgada, que alcanza solamente a la parte dispositiva de la decisión, no crea la posibilidad de vincular al legislador, impidiendo que sea reeditada una norma de contenido idéntico a aquella declarada inconstitucional.³²⁵

El mismo autor, refiriéndose al efecto vinculante, explica que la eficacia *erga omnes* y el efecto vinculante deberían ser tratados como institutos afines, pero distintos. Abordando los límites objetivos del efecto vinculante, menciona el entendimiento del Tribunal Constitucional alemán, según el cual el efecto vinculante es un instituto jurídico que tiene por objetivo otorgar mayor eficacia a las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, asegurando fuerza vinculante no solo a la parte dispositiva de la decisión, sino también a los llamados fundamentos o motivos determinantes.³²⁶

Otras corrientes doctrinarias sustentan que el efecto vinculante se limita a la parte dispositiva de la decisión, sin que exista distinción, desde el punto de vista objetivo, entre la cosa juzgada y el efecto vinculante. Sin embargo, GILMAR MENDES considera que la limitación del efecto vinculante a la parte dispositiva de la decisión volvería al instituto desdeñable. Los límites subjetivos del efecto vinculante se restringen a los demás tribunales (excluido el Supremo Tribunal Federal) y a los órganos del Poder Ejecutivo, que deberán considerar no solo la parte dispositiva de la decisión, sino también la norma abstracta extraída. Fue reducida la propuesta de la Enmienda nº 3, de 1993, excluyéndose la vinculación del legislador, anteriormente comprendida.³²⁷

Para los que entienden que el único efecto deducible del control de constitucionalidad concentrado es la eficacia *erga omnes*, se observarán en los procesos objetivos apenas los principios acogidos por el sistema procesal de origen romano-germánico, produciendo la cosa juzgada *erga omnes*. Sería incompatible aliar a ese sistema la eficacia vinculante de los precedentes,

³²⁵ .Ibíd. Pág. 341.

³²⁶ Ídem. Págs. 341-342.

³²⁷ Ibíd. Pág. 341.

fundada en la construcción sustancial de los motivos y fundamentos, por ser una actividad extraña al funcionamiento de la *civil law* estructurada en la supremacía de la Ley.³²⁸

Por su parte, LÊNIO STRECK argumenta que la concepción del efecto vinculante, si bien impide a los tribunales ordinarios reconsiderar el sentido adoptado por la Corte Constitucional, no les impide adoptar una tercera interpretación igualmente conforme a la Constitución, “*pues el Tribunal Constitucional Federal no está autorizado a establecer que una determinada interpretación sea la única correcta*”.³²⁹

LÊNIO STRECK entiende que la interpretación conforme no puede tener efecto vinculante, porque, más que una técnica de control de constitucionalidad, es un modo hermenéutico de resolución de la controversia. Considera que, al establecerse una interpretación conforme a la Constitución, o siendo determinada la constitucionalidad de un texto normativo, se estará definiendo previamente los límites del sentido del texto, obstaculizando la necesaria actividad interpretativa. Este autor resalta que solo puede ser vinculante la decisión en la cual el Tribunal actúa como legislador negativo, retirando la validez del texto normativo, característica extraída de la eficacia *erga omnes*, que atribuye fuerza de ley a la decisión constitucional. De otro modo, la vinculación de la idea conformadora con la Constitución, estará agregando sentido, impidiendo que los demás tribunales encuentren otras interpretaciones posibles, que, dadas nuevas circunstancias, demostraran nuevas incidencias interpretativas.³³⁰

Extrayendo la finalidad con que el efecto vinculante fue insertado en el ordenamiento jurídico brasileño por la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, se observará, según entendimiento del Supremo Tribunal Federal, que la eficacia *erga omnes* se mostraba insuficiente para obligar a los jueces y demás tribunales al cumplimiento de las decisiones de la Corte Suprema dimanadas del control concentrado.

³²⁸ ARRUDA, PAULA. “*Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*”. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 86.

³²⁹ STRECK, LENIO LUIZ. “*Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Pág. 620.

³³⁰ *Ibíd.* Pág. 627.

Desde esta perspectiva, el Supremo Tribunal Federal entiende mayoritariamente que el efecto vinculante fue adecuado a la necesidad de obligar a todos los destinatarios que estén vinculados al cumplimiento de la decisión, autorizando el uso de Reclamación a la parte vencida para preservar la autoridad del juzgado constitucional. Se aleja de esta forma el uso del recurso extraordinario para que la Corte Suprema vuelva a apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma aplicada al caso concreto, por desobediencia a su decisión.³³¹

Para responder a la pregunta formulada anteriormente, opinamos que no parece adecuado admitir que el impedimento para el control difuso de inconstitucionalidad esté representado simplemente por la eficacia *erga omnes*. La eficacia *erga omnes* hace cosa juzgada, evitando la reapreciación de la inconstitucionalidad. De hecho, en los países de base romanista que decidieron la adopción de un modelo mixto de constitucionalidad, combinando el sistema concentrado con el sistema difuso, la última palabra en materia constitucional será siempre de la Corte Suprema, encargada de la verificación de incompatibilidad entre la ley inferior y la Constitución. Consecuentemente, los demás órganos jurisdiccionales en la actuación del control difuso deberán obediencia a los dictámenes de la Corte Constitucional.

Al mismo tiempo no se puede dejar de considerar que el análisis del caso concreto evidencia los elementos sustanciales a partir de la controversia surgida en el transcurso de una demanda judicial; esto es, el control difuso propicia el análisis más consistente de las razones y fundamentos que llevaron a la inconstitucionalidad de la ley.

Considerando que la eficiencia *erga omnes* se limita al dispositivo de la decisión en el control concentrado, el mayor óbice a la actuación del control difuso de inconstitucionalidad está en fijar abstractamente para el futuro la tesis jurisprudencial que oriente los motivos y fundamentos que llevaron a la inconstitucionalidad, finalidad buscada por medio del efecto vinculante.³³²

³³¹ ARRUDA, PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 87.

³³² *Ibíd.* Pág. 88.

En el juicio de la Reclamación nº 1880, el Tribunal del Pleno con el relator, el Ministro MAURÍCIO CORRÊA, se pronunció por la constitucionalidad de la Ley nº 9868, de 1999, artículo 28, párrafo único, aduciendo no haber distinción, en esencia, entre los efectos de las decisiones de mérito proferidas en las acciones directas de inconstitucionalidad y los efectos de las proferidas en acciones declaratorias de constitucionalidad³³³, reforzando la aplicación del efecto vinculante en todas las acciones de control concentrado de constitucionalidad.

Los adeptos de la celeridad procesal por medio de la vinculación formal de la jurisprudencia defienden que el efecto vinculante es un instituto que opone obstáculos a la arbitrariedad y a la discriminación en la guardia de la Constitución ya que todos los casos similares no admitirán soluciones distintas. Esa corriente llega al radicalismo de sostener que la desobediencia de los jueces en el control difuso debería ser administrativamente sancionada además de la casación del juzgado del tribunal *a quo* defendiendo tratarse de grave violación del deber funcional de los jueces y de las demás autoridades infractoras³³⁴

Afortunadamente esta tesis no fue acatada en nombre de la garantía constitucional de la independencia judicial, razón por la cual no hay posibilidad de aplicar sanciones a los magistrados que disientan del STF aunque sus decisiones puedan ser casadas.

En efecto, la doctrina adepta del formalismo jurisprudencial sigue afirmando que el modelo a ser seguido por las instancias inferiores del poder judicial y por el poder ejecutivo es el modelo normativo estricto que torna obligatoria la vinculación formal de la jurisprudencia estando estos poderes obligados a guardarle obediencia. Solamente elementos distintivos del caso

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. “Rcl 1880-AgR.”. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=1880&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013.

³³⁴ LEAL, ROGER STIEFELMANN. “O efeito vinculante na jurisdição constitucional”. Saraiva. São Paulo. 2006. Pág. 115; 164.

precedente podría permitir que los poderes se aparten de lo determinado por el STF.³³⁵

No obstante, es necesario admitir que la vinculación a los precedentes tiene dificultad para establecer razones y fundamentos por medio de un proceso objetivo, que aprecia la inconstitucionalidad de la norma en abstracto, pues los motivos determinantes del precedente que va a vincular los casos futuros deben ser extraídos del caso concreto, evidenciando aproximación con el control difuso de inconstitucionalidad. Por ello no estamos de acuerdo que el efecto vinculante sea el mejor camino para uniformizar la jurisprudencia acerca de derechos fundamentales que se pueden evidenciar distintos en cada caso.

3.3. LAS RECLAMACIONES PARA PRESERVAR LA AUTORIDAD DE LAS DECISIONES DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EN EL CONTROL CONCENTRADO.

La doctrina diverge en cuanto a las fases de desarrollo de la Reclamación Constitucional que permitieron la adaptación al modo como se la configura hoy el orden jurídico. PACHECO³³⁶ define estas fases en cuatro momentos histórico-jurídicos al paso que DANTAS³³⁷ la definirá a partir de la identificación de cinco fases distintas. Hay incluso quien la distribuye en seis fases de desarrollo procesal³³⁸.

³³⁵ SILVA, CELSO DE ALBUQUERQUE. *“Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação”*. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2005. Pág. 243-247.

³³⁶ PACHECO, JOSÉ DA SILVA. *“A reclamação no STF e no STJ de acordo com a Constituição”*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 646, ago/1989.. Págs. 19-32.

³³⁷ DANTAS, MARCELO. *“Reclamação constitucional no direito brasileiro”*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2000. Págs.45-266.

³³⁸ MORATO, LEONARDO L. *“Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante”*. Editora revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. Pág. 36.

La primera fase sería iniciada con las bases de la teoría de los poderes implícitos del derecho estadounidense admitida por construcción jurisprudencial del STF, a partir de los argumentos defendidos en el caso *Mac Culloch x Maryland* de la Suprema Corte de los Estados Unidos que originó, como precedente jurisprudencial de esa teoría en Brasil, la Reclamación 141 de 25 de febrero de 1952. La segunda fase se relacionaría con la normatización de la Reclamación en el Regimiento Interno del STF, según la competencia que se le atribuía la Constitución de 1946, lo que representó la consolidación de la Reclamación que dejó de configurarse solamente como construcción jurisprudencial.

La tercera fase se originó en el artículo 115, párrafo único de la Constitución de 1967 que dispuso sobre la competencia del STF para reglamentar el procesamiento y juzgamiento de las acciones y recursos bajo su jurisdicción. La cuarta y quinta fases, a pesar de la disonancia doctrinaria de sus configuraciones, estarían relacionadas a la Enmienda Constitucional nº 7/77 que supuso alteración de competencia del STF combinada con la posterior previsión constitucional de la Reclamación en la Constitución brasileña de 1988. Para PACHECO la Enmienda Constitucional nº 7/77 no supondría relevancia para el desarrollo de la Reclamación y por lo tanto el marco para la cuarta fase sería la CF/88. En cambio DANTAS defiende que la previsión de la “*avocatória*”, tras las alteraciones por la referida enmienda constitucional, no podría ser olvidada, pues la posibilidad de que el STF eligiera las acciones en procesamiento en el juicio a quo para desplazamiento del juzgado a su competencia vaciaba parcialmente la Reclamación ya que no haría falta imponer sus decisiones si él mismo podría decidir lo que fuera del interés del Supremo Tribunal independientemente de la tramitación en un tribunal federal u ordinario³³⁹.

En efecto, esos autores coinciden que la última fase se identifica con la CF/88, prevista en el artículo 102, I, I, que cuida de la competencia originaria del STF, además del artículo 105, I, f, que trata sobre la competencia del STJ. Por fin, hay quienes defienden una sexta fase con la Enmienda Constitucional

³³⁹ DANTAS, MARCELO. “*Reclamação constitucional no direito brasileiro*”. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2000. Ob. Cit. Pág. 218.

nº 45/2004 debido a la inclusión de garantía de autoridad a las decisiones que se formalicen en los sumarios vinculantes³⁴⁰.

Sin embargo, nos parece que lo más importante es comprender que tras todo el desarrollo histórico-procesal de la Reclamación ésta se quedó configurada como un importante instrumento de preservación de la autoridad del los tribunales de cúpula del orden constitucional y de la justicia ordinaria vinculando formalmente a los poderes judicial y ejecutivo encunto a su cumplimiento.

En un análisis del desarrollo jurisprudencial, por el STF, acerca de la procedencia de la Reclamación es interesante subrayar que a principios de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, el Supremo Tribunal Federal no entendía como instrumento hábil el uso de la Reclamación en el control de constitucionalidad que recaerá sobre acción directa de inconstitucionalidad, asentando jurisprudencia en el sentido de negar la posibilidad de la Reclamación en esta hipótesis debido a la naturaleza eminentemente objetiva del proceso de la acción directa de inconstitucionalidad.³⁴¹

El precedente importante relativo al procesamiento de la Reclamación en el control concentrado de constitucionalidad surge en la Reclamación QMC 397-RJ, que tuvo como relator al Ministro CELSO DE MELLO.³⁴²

La posibilidad para utilizar la Reclamación para preservar las decisiones del Supremo Tribunal Federal surge con la evidencia de que las decisiones emitidas en la sede del control concentrado, aunque dotadas de

³⁴⁰ MORATO, LEONARDO L. *“Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante”*. Editora revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. Ob. Cit. Pág. 36.

³⁴¹ En ese sentido, ver la Reclamación 208. En: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. *“Rcl208.”*. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=280&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013. También la Reclamación 224. En: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. *“Rcl 224.”*. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=224&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. *“Rcl 397-MC-QO.”*. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=397&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013.

eficacia *erga omnes*, estaban siendo incumplidas; por esto, el Supremo Tribunal Federal inicia el reconocimiento de la posibilidad de conceder mayor efectividad al cumplimiento de sus decisiones. En este período, ausente el efecto vinculante, el Supremo Tribunal Federal no admitía Reclamación a instancias de quien no hubiese sido parte en la acción directa de inconstitucionalidad.

En la Reclamación 399-PE³⁴³, el Tribunal del Pleno con el relator, el Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, reconoce la reclamación para alejar los efectos concretos de la desobediencia a la decisión proferida en el control concentrado, efectos estos anteriormente alejados apenas por la proposición de una nueva acción directa de inconstitucionalidad, conforme se extrae de la Reclamación QO 380-DF.³⁴⁴

MARCELO DANTAS afirma que la Corte Suprema entendía que no se consideraba desobediencia por quien no fuera parte en la acción en que la declaración de inconstitucionalidad hubiese sido proferida. El mismo autor, en una crítica a este posicionamiento del Supremo Tribunal Federal, aduce que, si la ausencia de fuerza vinculante no cualificaba la desobediencia, siempre fue innegable que la decisión proferida en acción directa de inconstitucionalidad posee efectos extra partes, de modo que no cumplirla autorizaría la reclamación. Concluye afirmando que el Supremo Tribunal Federal no ha podido llegar tan lejos temiendo la gran cantidad de Reclamaciones que se producirían.³⁴⁵

Tras la Enmienda Constitucional nº 3, de 1993, que concedió efecto vinculante a las acciones declaratorias de constitucionalidad, el Supremo Tribunal Federal mantuvo diferenciación en cuanto a la admisibilidad de la Reclamación.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. “Rcl 399.”. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=399&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. “Rcl 380-QC.”. Disponible en: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Rcl&processo=380&recurso=0&tip_julgamento=M. Acceso en: 25 de enero de 2013.

³⁴⁵ DANTAS, MARCELO. “Reclamação constitucional no direito brasileiro”. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2000. Pág. 343.

MARCELO DANTAS sigue informando de que la admisión de la Reclamación para preservar la autoridad de lo juzgado en acción declaratoria de constitucionalidad fue amplia como consecuencia del efecto vinculante. En contrapartida, se mantuvo la orientación de la no posibilidad del uso de reclamación para la acción directa de inconstitucionalidad por ser desposeída de efecto vinculante, admitiéndola excepcionalmente por quien fue parte en la acción.³⁴⁶

Con el advenimiento de la Ley nº 9868, de 1999, que equiparó los efectos de las dos acciones de constitucionalidad (acción de declaración de constitucionalidad y acción directa de inconstitucionalidad), se verificó una gran cantidad de Reclamaciones pidiendo al Supremo Tribunal Federal la obligación del cumplimiento de sus decisiones en el control concentrado por los demás tribunales en el control difuso.

El Ministro MOREIRA ALVES, considerando los inconvenientes del efecto vinculante, hizo el siguiente pronunciamiento antes de la edición de la Ley nº 9868, de 1999:

*“Tenemos que admitir otro problema, que es el de saber, mientras no haya instalada en el país una mentalidad de cumplimiento de esas decisiones, si esas reclamaciones no serán en número excesivo”.*³⁴⁷

Para evitar estas consecuencias, el Ministro sugirió en estos casos la avocación de la tesis, pues la Corte, en vez de juzgar nuevamente la causa, en los casos de reclamación precedente, apenas impugnaría la decisión contraria y determinaría a las instancias inferiores que juzgasen la causa con base en la tesis fijada por el Supremo Tribunal Federal.³⁴⁸

No obstante, como la avocación es un instrumento mal visto por el estigma del período militar, se mantiene en la legislación brasileña la posibilidad de Reclamación para preservar la autoridad de la decisión del

³⁴⁶ Ibíd. Pág. 363.

³⁴⁷ ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Poder Judiciário. “*Cadernos de direito constitucional e ciência política*”, São Paulo, n.º 18, jan./mar. 1997. Págs. 269-281.

³⁴⁸ Ibíd. Pág. 281.

Supremo Tribunal Federal en el control concentrado de constitucionalidad. La Constitución Federal de 1988 prevé:

Art. 102. Compete al Supremo Tribunal Federal, principalmente, la guarda de la Constitución, correspondiéndole:

I – procesar y juzgar originalmente:

l) la reclamación para la preservación de su competencia y la garantía de la autoridad de sus decisiones.³⁴⁹

Sin embargo, resulta que el intento de asegurar la autoridad de las decisiones del STF e impedir el trámite de más recursos contra sus decisiones no ha sido satisfactorio, pues en realidad hubo un aumento considerable en el número de Reclamaciones sometidas al análisis del Supremo Tribunal Federal. El Banco Nacional de Datos del Poder Judicial presenta los siguientes datos (hasta el 03 de mayo de 2012), de acuerdo con los procesos registrados, distribuidos y juzgados por clase procesal en los últimos años:

- *Reclamaciones:*
 - *en 1994: 17 registradas, 45 distribuidas y 59 juzgadas;*
 - *en 1995: 14 registradas, 49 distribuidas y 44 juzgadas;*
 - *en 1996: 18 registradas, 49 distribuidas y 33 juzgadas;*
 - *en 1997: 18 registradas, 62 distribuidas y 64 juzgadas;*
 - *en 1998: 48 registradas, 275 distribuidas y 120 juzgadas;*

³⁴⁹ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “*Constituição 1988*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

- en 1999: 78 registradas, 200 distribuidas y 110 juzgadas;
- en 2000: 147 registradas, 522 distribuidas y 415 juzgadas;
- en 2001: 61 registradas, 228 distribuidas y 299 juzgadas;
- en 2002: 32 registradas, 202 distribuidas y 415 juzgadas;
- en 2003: 11 registradas, 275 distribuidas y 400 juzgadas;
- en 2004: 2 registradas, 40 distribuidas y 61 juzgadas;
- en 2005: 32 registradas, 933 distribuidas y 1.091 juzgadas;
- en 2006: 07 registradas, 837 distribuidas y 906 juzgadas;
- en 2007: 897 registradas, 868 distribuidas y 1.431 juzgada;
- en 2008: 1649 registradas, 1625 distribuidas y 2346 juzgadas;
- en 2009: 2266 registradas, 2208 distribuidas y 3521 juzgadas;
- en 2010: 1288 registradas, 1259 distribuidas y 2094 juzgadas;
- en 2011: 1848 registradas, 1801 distribuidas y 2360 juzgadas;
- en 2012: 1608 registradas, 1616 distribuidas y 1828 juzgadas;
- en 2013: 209 registradas, 208 distribuidas y 323 juzgadas (datos hasta 28 de febrero de 2013).³⁵⁰

³⁵⁰ Los totales no incluyen los procesos cuya desistencia fue homologada antes del procesamiento. Ver en: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. *Processos registrados, distribuídos e julgados por classe processual.*

La evolución porcentual demostró un aumento de 677,96% en las reclamaciones juzgadas desde 1994 a 2003. En el período siguiente desde 2004 a 2009 el aumento fue de 5.672%, por lo que se nota que el intento de descargar el STF no fue de pronto exitoso y al contrario aumentó absurdamente aunque ya estuviera vigente la nueva regulación de la repercusión general en el Recurso Extraordinario.

Solo en el período de 1999 a 2000, se verificó un aumento de 277%, surgiendo reclamaciones debido a la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 4-DF, marco este que no puede dejar de ser subrayado en función de que hubo innúmeras Reclamaciones para preservar la autoridad del STF en acción que ha defendido la constitucionalidad de leyes de las cuales no asentían el control difuso de constitucionalidad. Este factor demuestra la divergencia de entendimiento entre el control concentrado y el control difuso que es inaceptable cuando consideramos el grado de divergencia sobre lo que debería ser juzgado constitucional lo que parece suscitar problemas de legitimidad de la jurisdicción constitucional.

De otro modo, se observará que desde 2010 hasta 2012 decreció el número de Reclamaciones en 12,70%, acompañada de la reducción del número de Recursos extraordinarios en 53%% y de la disminución de Agravios de Instrumento en 77,22%, lo que sugiere que, al final, los cambios en la Constitución y en la legislación procesal brasileña lograron reducir el juzgamiento de recursos en la labor del Supremo Tribunal Federal, pero la cantidad de pleitos sigue siendo de miles de recursos.

Sin embargo, nos cumple preguntar: ¿Cuál es el coste la disminución de la sobrecarga procesal para el impacto en la protección de los derechos fundamentales?

Todos estos cambios legislativos están al servicio de la imposición de las decisiones del STF, por medio de la vinculación formal y, siendo aquel órgano compuesto a partir de la indicación política de los poderes ejecutivo y legislativo, no podemos alejar la preocupación cuanto a la falta de refuerzo

para la protección de los derechos fundamentales en beneficio de los intereses del Estado.

En resumen: considerar el disentimiento entre el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad en índice elevadísimo, sigue siendo un problema de contradicción jurisprudencial para determinar a la sociedad brasileña lo que es constitucional y parece demostrar la falta de actuación legítima del Supremo Tribunal Federal, a través de un entendimiento no compartido con los respectivos destinatarios de los efectos de sus decisiones.

3.4. EL CONTROL DIFUSO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988.

El control difuso de constitucionalidad en Brasil puede ser verificado por cualquier tribunal o juez cuando, en el transcurso de la acción judicial propuesta para su apreciación, es suscitada la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo federal, estatal o municipal.

Decía LÚCIO BITTENCOURT que la declaración de inconstitucionalidad es resultado de la función jurisdiccional, siendo competente quienquiera que legítimamente la ejerza. Por ello, *“todos los tribunales y jueces, federales o locales, comunes o especiales, de ella disponen, aunque la última palabra sobre el asunto pueda, en cualquier caso, ser deferida al más alto Tribunal de la República”*.³⁵¹

La cuestión de inconstitucionalidad puede ser peticionada en el transcurso de cualquier proceso, y aun en el uso de las acciones constitucionales. Según ZENO VELOSO, *“en algunas de estas acciones constitucionales, el problema de la inconstitucionalidad puede ser introducido, como en el habeas corpus, en el mandato de seguridad, y en el habeas data”*. En lo que atañe al mandato de seguridad el jurista entiende que su objeto no abarca la posibilidad de impugnar la ley en abstracto, pero, por otro lado es

³⁵¹ BITTENCOURT, C. A. LÚCIO. *“O controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1968. Ob. Cit. Pág. 35.

impugnable la decisión objetiva de la autoridad con base en la ley inconstitucional.³⁵²

La alegación de inconstitucionalidad es siempre una cuestión prejudicial en el transcurso de un proceso. En lo dicho por BARBOSA MOREIRA la verdadera esencia de la cuestión prejudicial reside en un nexo de dependencia entre dos relaciones jurídicas, pudiendo definir “*relación jurídica prejudicial*” como aquella que integra el presupuesto de hecho de otra relación jurídica.³⁵³ El autor sigue afirmando:

prejudicialidad en ‘sentido positivo’, ocurre cuando la existencia de la relación prejudicial es condición de existencia de la relación subordinada, y la prejudicialidad en ‘sentido negativo’, que se verifica cuando la existencia de la última depende, por el contrario, de la inexistencia de la primera.

Según la tesis de BARBOSA MOREIRA, en el control de constitucionalidad difuso la impugnación de inconstitucionalidad deberá constituirse en la prejudicialidad en sentido positivo para la causa principal. Esto significa que la decisión de mérito en la causa principal dependerá del juicio de inconstitucionalidad sobre la norma suscitada. Observando la existencia de inconstitucionalidad, el juez o tribunal no aplicará la norma impugnada en el respectivo caso concreto que levantó la cuestión de inconstitucionalidad.³⁵⁴

Están legitimados para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad: las partes del proceso, el Ministerio Público, y el juez de la causa *ex officio*. En los términos del artículo 127 de la Constitución Federal Brasileña, el Ministerio

³⁵² VELOSO, ZENO. “*Controle jurisdicional de constitucionalidade*”. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Ob. Cit. Pág. 45.

³⁵³ MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. “*Questões prejudiciais e coisa julgada*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1967. Tese de Concurso para a Docência Livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pág. 38.

³⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 39.

Público es la institución esencial en la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del ordenamiento jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales y no disponibles; de esta forma, el Ministerio Público será necesariamente convocado para manifestarse sobre la inconstitucionalidad. Al juez le corresponderá argüir la inconstitucionalidad cuando las partes o el Ministerio Público no susciten la cuestión de inconstitucionalidad, ocasión en que actuará *ex officio*, determinando la no aplicación de la ley inconstitucional al caso concreto.³⁵⁵

El recurso extraordinario es el instrumento procesal hábil que requiere la revisión de la decisión en única o última instancia sobre la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad. En los términos del artículo 102, inciso III, a, b, c, d y párrafo tercero de la Constitución, atañe al Supremo Tribunal Federal:

III – juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida:

- a) contraríe alguna norma de esta Constitución;*
- b) declare inconstitucionalidad de un tratado o ley federal;*
- c) juzgue válida, una ley o acto del gobierno local contestado en razón de esta Constitución;*
- d) juzgar válida ley local contestada en razón de ley federal.*

*§ 3º En el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo rechazarlo por la manifestación de dos tercios de sus miembros.*³⁵⁶

³⁵⁵ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “Constituição 1988”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

³⁵⁶ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “Constituição 1988”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

El elevado número de pleitos sometidos a la apreciación del Supremo Tribunal Federal ha reclamado la necesidad de revisión de la estructura del Poder Judicial. El recurso extraordinario ha recibido frecuentes críticas por someter a la Corte Suprema una cantidad de pleitos desproporcionada para su capacidad juzgadora. A pesar de eso, no podemos dejar de considerar que el recurso extraordinario es un instrumento de garantía para el mantenimiento de la unidad legislativa nacional y de acceso para los particulares en la defensa de sus intereses constitucionales.

De cualquier forma, el gran número de demandas sometidas al análisis del Supremo Tribunal Federal ha suscitado a lo largo de algunos años cuestionamientos acerca de la necesidad de uniformización jurisprudencial. En efecto, en la misma línea el derecho procesal infraconstitucional viene previendo diversos mecanismos para que se eviten decisiones divergentes en la actuación de los tribunales, independientemente de la verificación de inconstitucionalidad.

RODOLFO MANCUSO esclarece que la uniformización jurisprudencial interna en el ámbito de un mismo tribunal puede ocurrir por medio de los *embargos infringentes*³⁵⁷, los *agravios*³⁵⁸ y los *embargos de divergencia*³⁵⁹. Sigue refiriendo otros instrumentos jurídicos para la uniformización externa entre tribunales distintos, pero igualmente competentes para la aplicación del derecho federal: en materia de la justicia común, el *recurso especial* al Superior Tribunal de Justicia, considerando el contenido del artículo 105, inciso III, de la Constitución Federal de 1988 (CF/88); el *recurso de revisión* al Tribunal Superior del Trabajo, previsto en el artículo 896 de la Consolidación de las Leyes Laborales, cuando se trate de derecho laboral; el *recurso especial* en la Justicia electoral, con base en el artículo 276 del Código Electoral.³⁶⁰

³⁵⁷ Solicitan que prevalezca la tesis descrita en el voto vencido emitido en el juicio de apelación, o en el juicio de acción rescisoria.

³⁵⁸ Interpuestos contra decisión monocrática que negó admisibilidad del recurso.

³⁵⁹ El recurrente confronta decisiones discrepantes, provenientes de sus órganos fraccionarios.

³⁶⁰ MANCUSO, RODOLFO. “*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999. Págs. 240-249.

Aunque los filtros de admisión a trámite de los variados recursos y acciones estén presentes en las varias esferas procesales del orden jurídico brasileño la optimización procesal no logró reducir el número de recursos extraordinarios para el STF.

En ese escenario estamos de acuerdo en que la búsqueda de uniformización jurisprudencial, tanto en la aplicación de la legislación infraconstitucional como en el control de constitucionalidad, se justifica por la necesidad de conceder tratamiento igualitario a los justiciables, combatiendo la proliferación de decisiones divergentes.

Sin embargo, uniformizar la jurisprudencia representa para el Derecho brasileño no solamente el establecimiento de paradigmas, sino también la optimización de las demandas sometidas a la apreciación de los tribunales.

Atendiendo a esos objetivos fueron incluidos en el ordenamiento jurídico brasileño instrumentos de vinculación en la actuación de los órganos judiciales, por medio de los sumarios vinculantes y de la repercusión general del recurso extraordinario en el control difuso, así como, en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad, de la adopción del efecto vinculante a las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

Muchas críticas se han hecho a la idea de vinculación de los magistrados a las decisiones jerárquicamente superiores en función de la celeridad procesal. Nos remitiremos preliminarmente a los mecanismos de optimización procesal infraconstitucional para comprender el camino de filtros procesales existentes en el orden jurídico brasileño, que dificultan la protección multinivel de derechos para la cual el estudio de la objetivación del recurso extraordinario, que realizaremos en apartado específico, asume protagonismo en el sistema de articulación de control de constitucionalidad en Brasil.

3.4.1. EL PROBLEMA DE LA UNIFORMIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

3.4.1.1. La uniformización jurisprudencial por medio de los sumarios vinculantes.

Observando los primeros mecanismos de uniformización de la jurisprudencia en Brasil, se puede verificar la introducción de los Asientos portugueses utilizados por el Supremo Tribunal del Imperio. RODOLFO MANCUSO relata que las Ordenaciones Filipinas previeron los Asientos de la Casa de Suplicación con la finalidad de fijar fuerza de ley. La Casa de Suplicación era el más alto tribunal del Reino que, en principio, fue presidido por el soberano. Era valorada la reiteración de los juzgados sobre un mismo tema que inducían a un estilo con eficacia extra-autos y ultra-partes.³⁶¹

En Brasil el Decreto Legislativo nº 2.684, de 1875, autorizó el Supremo Tribunal de Justicia a observar los Asientos de la Casa de Suplicación como paradigmas para los juicios divergentes en el mismo tribunal y en los juzgados de primera instancia. La Constitución de 1891 excluyó la aplicación de los Asientos en Brasil y previó el recurso extraordinario para resolver los conflictos entre la legislación federal y la legislación estatal, pero no se le atribuyó función uniformizadora de la jurisprudencia y por ello, en los períodos siguientes se enfrentaron a los inconvenientes derivados de la elevada cantidad de procesos sometidos a los tribunales.

CARLOS AURELIANO esclarece que la decisión de asentar una divergencia interpretativa no podría ser revisada por el tribunal de origen sino solamente por la vía legislativa. Tras la coyuntura de acumulación de procesos en los tribunales, el mismo autor cita dos propuestas hechas en aquel momento para la reinserción de mecanismos aptos para la promoción de la uniformización jurisprudencial después de la extinción de los Asientos. La primera propuesta fue hecha por HAROLDO VALLADÃO, en 1946, y establecía

³⁶¹ MANCUSO, RODOLFO. "*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*". Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999. Ob. Cit. Págs. 180-182.

que tras el juzgamiento de tres casos concretos semejantes, la decisión sería uniformizada por un quórum cualificado. Esta propuesta no fue bien recibida bajo el argumento de que comprometería la independencia de los jueces y el desarrollo del Derecho. La segunda propuesta, de ALFREDO BUZAID, previa al retorno de los Asientos al Derecho brasileño y a pesar de no haber sido aceptada, planteó cuestionamientos en el medio jurídico brasileño.³⁶²

En 1963, el Supremo Tribunal Federal nombró una Comisión para elaborar unos mecanismos de uniformización de su jurisprudencia y el resultado fue la aprobación de la creación de los Sumarios surgidos a partir de un grupo de juicios sobre cuestiones que se repetían con frecuencia. Los Sumarios, tal como están consagrados en el Derecho brasileño, se diferenciaron de los Asientos porque no obligan a todos, sino solo a los jueces del propio tribunal, y podían ser modificados por el tribunal de origen independientemente de la actuación legislativa. El mismo modelo de uniformización de la jurisprudencia fue previsto en el Código de Proceso Civil brasileño extendiendo a los demás tribunales la posibilidad de conceder unidad a las decisiones por medio de los Sumarios. Todavía el número de recursos extraordinarios era alarmante, alegando divergencias entre los tribunales.³⁶³

Sensible a esta coyuntura la Ley nº 9.756, de 1998, modificó el artículo 557 del Código de Proceso Civil, creando mayores obstáculos para el procesamiento de recursos al Supremo Tribunal Federal y al Superior Tribunal de Justicia, que pasó a tener la siguiente redacción:

Artículo 557- El relator negará seguimiento a recurso manifiestamente inadmisibile, improcedente, perjudicado o en confrontación con el sumario o con la jurisprudencia dominante del respectivo Tribunal, del Supremo Tribunal Federal, o del Tribunal Superior.

Párrafo 1º - Si la decisión recurrida estuviere en manifiesta confrontación con el sumario o con la

³⁶² SOUZA, CARLOS AURELIANO MOTTA DE. "O papel constitucional do STF: uma aproximação sobre o efeito vinculante". Brasília Jurídica. Brasília. 2000. Págs. 85-87.

³⁶³ ARRUDA, PAULA. "Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal". Editora Lúmen Júris. 2006. Pág. 60.

*jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal, o del Tribunal Superior, el relator podrá conceder proseguimiento al recurso.*³⁶⁴

LÊNIO STRECK subraya que todos los recursos que son contrarios a los Sumarios y a la jurisprudencia dominante están condenados al no proseguimiento, a partir del hecho de que el Supremo Tribunal Federal y los demás tribunales pueden negar seguimiento a los recursos que contraríen sus propios Sumarios y jurisprudencia dominantes.³⁶⁵

Es muy interesante observar que la característica de fuerza de ley de los Asientos portugueses que suscitó el argumento de incompatibilidad con el ordenamiento jurídico brasileño a partir de la República, es la función de los Sumarios tal como actualmente son consagrados por la Enmienda Constitucional nº 45 que les confiere un carácter normativo vinculante, pero que en aquel período fue objeto de rechazo por considerarlo incompatible con el principio constitucional de libertad de juicio y la necesidad de desarrollo del Derecho. En realidad, lo que el ordenamiento brasileño ha buscado es hacer la uniformización jurisprudencial cada vez menos susceptible de reformulación. Para ello, ha desarrollado mecanismos procesales que niegan el seguimiento de las peticiones de revisión de las decisiones jerárquicamente superiores, obligando la vinculación de los órganos judiciales.³⁶⁶

La Constitución Federal, conforme el texto concebido por la Enmienda Constitucional nº 45, prevé los Sumarios vinculantes en los siguientes términos:

Artículo 103-A. El Supremo Tribunal Federal podrá de oficio o por petición, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, tras reiteradas decisiones sobre la

³⁶⁴ BRASIL. Presidência. Legislação. Códigos. “Código de Processo Civil”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

³⁶⁵ STRECK, LENIO LUIZ. “Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Pág. 506.

³⁶⁶ ARRUDA, PAULA. “Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 61.

materia, aprobar sumarios que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrán efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la Administración Pública, directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o revocación, en la forma establecida por ley.

Párrafo 1º. El sumario tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre ellos y la Administración Pública que cause grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica.

Párrafo 2º. Sin perjuicio de lo que sea establecido en ley, la aprobación, revisión o revocación del sumario podrán ser pedidas por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad.

Párrafo 3º. Del acto administrativo o decisión judicial que sean contrarios al sumario aplicable o que indebidamente lo aplique, cabrá Reclamación al Supremo Tribunal Federal que, juzgando la Reclamación procedente, anulará el acto administrativo o casará la decisión judicial reclamada, y determinará que otra decisión sea proferida con o sin la aplicación del sumario, conforme necesite el caso.³⁶⁷

De una parte, la intención legislativa propone como argumentos favorables a la adopción de los Sumarios como forma de uniformización jurisprudencial, la posibilidad de obtener la unidad del ordenamiento jurídico, alejando las divergencias en las decisiones prejudiciales al principio de la

³⁶⁷ BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “Constituição 1988”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

igualdad. Además no significarían un obstáculo en la evolución del Derecho, porque pueden ser revisados por los tribunales de origen que los dictaron.

Desde otro punto de vista, el entonces Ministro de Justicia, MÁRCIO TOMAZ BASTOS, se posicionó radicalmente contra el Sumario vinculante durante una audiencia pública sobre la Reforma del Poder Judicial en la Comisión de Constitución y Justicia del Senado Federal, afirmando que el sumario vinculante paralizaría la primera instancia de la justicia y esterilizaría el Poder Judicial. Él usó el ejemplo del *confisco* (la toma forzosa) de las cuentas de ahorro en el gobierno del Presidente COLLOR, en 1990, para demostrar que la solución para la reducción del número de procesos en el Poder Judicial pasa por los juzgados de primera instancia y recordó que en aquél momento fueron los jueces de primera instancia quienes permitieron el desbloqueo de las cuentas de ahorro. El Ministro a la época se pronunció diciendo que si el Supremo Tribunal Federal se hubiera posicionado en el sumario, a los brasileños se les impediría recobrar sus cuentas de ahorro *secuestradas* y *confiscadas*. Terminó su pronunciamiento afirmando que los Sumarios vinculantes iban a significar la dictadura del Supremo Tribunal Federal en Brasil.³⁶⁸

Sin embargo, sin dejar de considerar la necesidad de conceder unidad al ordenamiento jurídico, el gran problema que se presenta es la diferencia entre la conciencia teórica de que el carácter mutable del Derecho es requisito necesario para la reformulación de la jurisprudencia y la actuación práctica de la magistratura, que se inclina cada vez más hacia la cristalización de entendimientos firmados con ocasión de una coyuntura específica que le fue sometida a la apreciación. La legislación brasileña refuerza la paralización del Derecho, en la medida que niega la posibilidad de que los órganos judiciales de forma independiente verifiquen si nuevos hechos alteraron la orientación jurisprudencial previamente firmada.³⁶⁹

En efecto, los sumarios vinculantes funcionarán en el ámbito de la jurisdicción constitucional en el modelo de control difuso, como un instituto que

³⁶⁸ MINISTRO rejeita súmula vinculante em audiência no Senado. Disponible en: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm> 10/02/2004>. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

³⁶⁹ ARRUDA, PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 63.

impondrá las decisiones del Supremo Tribunal Federal a todos los demás jueces en el ejercicio del control difuso de inconstitucionalidad. El no cumplimiento de la decisión de la Corte Suprema posibilitará el uso de la reclamación para preservar la autoridad de la decisión contenida en los sumarios vinculantes. La experiencia con el efecto vinculante presente en el control concentrado de constitucionalidad ha demostrado un considerable aumento de demandas judiciales al Supremo Tribunal Federal, en razón de las centenas de reclamaciones por el no cumplimiento de tales decisiones del Supremo Tribunal Federal, lo que nos hace deducir que probablemente la vinculación de los Sumarios llevará al mismo problema.³⁷⁰

Más acertada es la persecución por el Supremo Tribunal Federal de decisiones suficientemente fundamentadas en un grado razonable de consenso discursivo entre las varias instancias, en lugar de optar por la imposición de las decisiones no compartidas.

3.4.1.2. La petición de inconstitucionalidad y la reserva del Pleno.

Hemos informado de que todos los jueces de primera instancia, así como todos los tribunales jurisdiccionales tienen competencia para ejercer el control difuso de inconstitucionalidad. En efecto, en segunda instancia los tribunales procederán a la declaración de inconstitucionalidad a través de la reserva de Pleno. Los tribunales de Justicia de los Estados miembros y los Tribunales Regionales Federales ejercerán el control difuso con la verificación de la cuestión de inconstitucionalidad. Peticionada la inconstitucionalidad en segunda instancia, el relator, después de opinar el Ministerio Público, someterá el incidente de inconstitucionalidad a la Sala o Cámara; y siendo aceptada la petición, será formalizada la decisión de ser remitida al órgano especial o al Pleno del tribunal.³⁷¹

El artículo 97 de la Constitución Federal brasileña exige mayoría absoluta de los miembros del colegiado para declarar la inconstitucionalidad de

³⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 63.

³⁷¹ ARRUDA, PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 64.

la ley o acto normativo del poder público.³⁷² El procesamiento de los recursos de inconstitucionalidad está dispuesto en el párrafo único del artículo 481 del Código de Proceso Civil disponiendo que, “*los órganos fraccionarios de los tribunales no someterán al pleno, o al órgano especial, el planteamiento de inconstitucionalidad, cuando ya se hayan pronunciado éstos o el pleno del Supremo Tribunal Federal sobre la cuestión*”.³⁷³

LÊNIO STRECK suscita dudas sobre la constitucionalidad de este dispositivo legislativo aduciendo que la dispensa de plantear el incidente de inconstitucionalidad es constitucionalmente aceptable cuando la decisión proviene del pleno del Supremo Tribunal Federal; sin embargo, cuando la decisión adviene de otro tribunal, el incidente de inconstitucionalidad no puede ser dispensable, pues violaría el citado artículo 97 de la Constitución Federal.³⁷⁴

NELSON NERY JR. y ROSA MARIA NERY advierten de que el órgano fraccionario debe someter la cuestión al plenario o al órgano especial, especialmente cuando haya fundamento nuevo o modificación en la composición del pleno u órgano especial, pues estas circunstancias evidencian cierta potencialidad de modificación de la decisión anterior.³⁷⁵

En cambio, CARREIRA ALVIM sostiene que el párrafo único del artículo 481, podría haber sido más incisivo si hubiera extendido tal prohibición a las hipótesis en las que hubiera pronunciamiento también de las salas del Supremo Tribunal Federal, a pesar de que la eficacia *erga omnes* sólo resulta de las decisiones plenarias, pues la experiencia ha demostrado que la decisión

³⁷² BRASIL. Presidência. Legislação. Constituições. “*Constituição 1988*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

³⁷³ BRASIL. Presidência. Legislação. Códigos. “*Código de Processo Civil*”. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acceso en: 28 de febrero de 2013.

³⁷⁴ STRECK, LENIO LUIZ. “*Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*”. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004. Ob. Cit. Págs. 458-459.

³⁷⁵ NERY JR., NELSON. NERY, ROSA MARIA. “*Código de Processo Civil comentado e legislação civil extravagante em vigor*”. Editora RT. São Paulo. 1999. Pág. 937.

de constitucionalidad de una sala de la Corte Suprema difícilmente es revertida en su pleno.³⁷⁶

No obstante, conceder al órgano fraccionario la posibilidad de no someter al órgano colegiado el incidente de inconstitucionalidad, a pesar de mejorar la burocratización de los actos judiciales, no deja de ser óbice para la actuación del control difuso de inconstitucionalidad, por constituirse en barrera para que los órganos judiciales competentes puedan considerar de nuevo la cuestión, pues pueden modificar su jurisprudencia si fueren verificados nuevos fundamentos extraídos del caso concreto. Si, por un lado, el órgano fraccionario no tiene la competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo, por otro lado, la cuestión no podrá ser analizada por el pleno u órgano especial que adecuaría el Derecho a las transformaciones jurídico-sociales, lo que se presenta como la cristalización de la evolución jurídico-constitucional.³⁷⁷

La dificultad reside en la imposición de las decisiones jerárquicamente superiores y la falta de prestigio de las decisiones *a quo*, pues el Derecho brasileño no ha ejercitado el diálogo entre las dos esferas de intérpretes de la doctrina legal, lo que presupone que la autoridad de las decisiones alcanzadas por la imposición ofende a los regímenes democráticos de derecho. Creemos por la necesidad de un nuevo examen de los mecanismos de articulación entre los controles de constitucionalidad concentrado y difuso en Brasil, que actualmente se da prioridad a la imposición jerárquica de decisiones, a partir de una concepción que proponga un mayor diálogo entre los jueces que ejercen el control de constitucionalidad y la consecuente posibilidad de unidad y coherencia que hemos buscado.

Sin embargo, no hay una armoniosa articulación entre el control plural de constitucionalidad en Brasil. Al contrario, cada vez se intensifican más los ímpetus por la vinculación formal de la jurisprudencia, conforme más adelante se verá con el nuevo trámite del recurso extraordinario y la exigencia de la motivación de la transcendencia constitucional que está alcanzando

³⁷⁶ ALVIM, CARREIRA. “*Código de Processo Civil reformado*”. Del Rey. Belo Horizonte. 1999. Pág. 177.

³⁷⁷ ARRUDA, PAULA. “*Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*”. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 67.

efectos mucho más allá de la pretendida uniformización jurisprudencial con la llamada “objetivación” del recurso.

CAPÍTULO IV – LA CUESTIÓN DE LA REPERCUSIÓN GENERAL Y LA TRASCENDECIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este capítulo haremos el análisis detallado de los orígenes del recurso extraordinario, sus cambios normativos y el movimiento controvertido de regularización de los filtros existentes para su admisión a trámite, lo que nos revelará el desafío para la protección de los derechos fundamentales en Brasil, por medio del recurso extraordinario, ante la ausencia del adecuado diálogo judicial entre los magistrados operantes en el control mixto de constitucionalidad brasileño y el Supremo Tribunal Federal, desafío éste que se acentúa ante la inexistencia de un recurso constitucional único que disponga como objeto la tutela de derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional concentrada.

Conforme hemos señalado, el elevado número de pleitos sometidos a la apreciación del Supremo Tribunal Federal ha reclamado la necesidad de revisión de los procedimientos del control difuso de constitucionalidad en el ámbito del STF.

El recurso extraordinario ha recibido frecuentes críticas por someter a la Corte Suprema una cantidad de pleitos desproporcionada para su capacidad juzgadora.

A pesar de esto, no podemos dejar de considerar que el recurso extraordinario es un instrumento de garantía para el mantenimiento de la unidad legislativa nacional y de acceso para los particulares en la defensa de sus intereses constitucionales.

A partir de un análisis del desarrollo normativo del recurso extraordinario observamos que la herencia histórica del recurso extraordinario vuelve en sus raíces a la Constitución de 1891 en la figura de un recurso innominado para la revisión de las decisiones en última instancia que previamente hayan sido cuestionadas en las decisiones *a quo*, en los términos del artículo 59, párrafo 1º.

La Constitución de 1934, artículo 76, incluyó la hipótesis de recurso extraordinario para revisión de decisiones en única instancia de las causas decididas por las justicias locales. La Constitución de 1937, bajo el poder autoritario de Getulio Vargas, disciplinó en el artículo 101, pero estaba confiada la decisión final en materia de inconstitucionalidad de las leyes a los poderes ejecutivo y legislativo para reexaminar las decisiones del Tribunal Supremo.

Si por un lado la Constitución de 1946 no trajo innovaciones sobre el procesamiento del recurso extraordinario la Constitución de 1967 incluyó un requisito especialísimo de admisibilidad: la relevancia de la cuestión federal. Además instituyó la Reclamación para preservar la competencia del Supremo Tribunal y garantizar la autoridad de sus decisiones.

Por fuerza del Acto Institucional nº 06 de 1º de febrero de 1969, artículo 19, el recurso extraordinario retornaba a la proposición exclusiva contra causas de los tribunales de 2ª instancia. En 17 de octubre del mismo año los Ministros Militares determinaron la Enmienda Constitucional nº 01 retirando de la apreciación del poder judicial los actos practicados por el “Comando Supremo de la Revolución Militar de 31 de marzo de 1964”, a tenor del artículo 181, y suprimió el requisito de la relevancia de la cuestión federal manteniendo la posibilidad del recurso solamente contra decisiones de los tribunales en última instancia, por lo tanto excluyendo las decisiones de los jueces en general para el control difuso.

La actual Constitución de 1988 volvió a los términos de la Constitución de 1946 permitiendo la interposición del recurso extraordinario tanto contra decisiones de los tribunales cuanto contra decisiones de los jueces de primera instancia.

La Enmienda Constitucional nº 45/2004 creó los sumarios vinculantes como modo de asegurar eficacia *erga omnes* a las decisiones del STF proferidas en el control difuso de constitucionalidad. Entre otras varias innovaciones realizadas por la referida enmienda constitucional se pone de relieve la necesidad de justificación de la repercusión general y de la trascendencia constitucional de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso como elemento de admisibilidad del recurso.

4.1. EL HISTÓRICO DE LOS FILTROS PRECEDENTES A LA REPERCUSIÓN GENERAL.

CALMON DE PASSOS describe varios intentos que se ocuparon de enfrentar la sobrecarga del STF destacando la Ley nº 3.396/1958 que posibilitaba la elección de los recursos extraordinarios por el juicio local tal y como todavía ocurre en los términos del artículo 542, párrafo 1º del Código de Proceso Civil, además de los sumarios de jurisprudencia dominante que impedían el trámite del recurso extraordinario y, aún, de la decadencia del derecho argüido en el recurso en los casos de silencio de las partes cuando hayan sido provocadas por el relator a manifestarse acerca del interés de seguimiento del recurso, culminando en archivamiento del pleito.³⁷⁸

Los filtros cualitativos relativos a la relevancia de la cuestión federal encuentran su origen en la Enmienda Regimental nº 03/1975 del STF que creó una exigencia inédita para el recurso extraordinario bajo la base constitucional de la Enmienda Constitucional nº 01/1969, inciso III, que autorizaba la competencia del STF para incluir normativos complementarios a la Constitución.

El párrafo 3º del artículo 308 determinaba que cumplía al STF el examen de la “petición de relevancia” de la cuestión federal en apartado específico en el proceso dónde las partes deberían fundamentar la relevancia de la cuestión federal. El procedimiento establecido fue extremadamente cuestionado en su constitucionalidad, pues una regulación interna no sería una normativa legítima para disciplinar materia procesal como se evidenciaba la “petición de relevancia” caracterizada como un requisito de admisibilidad del recurso extraordinario.

En consecuencia, la relevancia de la cuestión federal fue prevista en la Enmienda Constitucional nº 07/1977. Las críticas acerca de la “petición de relevancia” cuestionaban la falta de publicidad y de motivación de los fallos,

³⁷⁸ CALMON DE PASSOS, J. J. *“Da argüição de relevância no recurso extraordinário”*. En: Revista Forense, a. 73, v. 259. Jul/Set 1977. Págs. 11-12.

además de su incapacidad para reducir el número de recursos extraordinarios que constituía su principal objetivo.³⁷⁹

El Regimiento Interno del STF fue alterado por la Enmienda Regimental nº 02/1985 que instituyó once hipótesis de cabimiento para el recurso extraordinario previendo en la décima primera causa el cabimiento del recurso en todas las causas que se justificase la petición de relevancia de las cuestiones federales. La alteración produjo cambios relativos al supuesto anterior para incluir la necesidad de su motivación incluso para los casos de ofensa a la Constitución y manifiesta divergencia con el Sumario del tribunal.

Se trataba de un mecanismo de alegación y motivación de la relevancia de la cuestión suscitada considerada como indispensable para la admisibilidad del recurso extraordinario. El análisis de la relevancia de la cuestión federal como modo de filtrar los recursos extraordinarios para el STF era irónicamente verificada antes de los requisitos formales de procedibilidad recursal como el emplazamiento, por ejemplo. En ese sentido, salvo de que el recurso fuera inadmitido por la primera verificación de los requisitos recursales generales, la primera etapa procesal sería verificar la existencia o no de la “petición de relevancia” en el proceso. La falta de la necesidad de motivación del fallo explica el procedimiento invertido para la admisibilidad de los recursos en aquél periodo, pues bajo la justificativa de inexistencia de relevancia el STF inadmitía un recurso sin fundamentar su decisión.

El artículo 327, párrafo 1º, del Regimiento Interno de la época conceptuaba la “relevancia de la cuestión federal” como aquella “que por los efectos en el orden jurídico y considerando los aspectos morales, económicos, políticos y sociales de la causa exigen la apreciación del recurso extraordinario por el tribunal”. Dicho concepto fue considerado vago y sin definición presentándose solamente como una referencia interpretativa.³⁸⁰ Ese *standard* se relacionaba como sinónimo de interés público siguiendo una conceptualización

³⁷⁹ MACHADO, ANTONIO CARLOS MARCONDES. “*Arguição de relevância: a competência para seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário*”. En: REPRO 42, abril/junio. 1986. Págs. 61-62.

³⁸⁰ ARRUDA ALVIM NETO, JOSÉ MANUEL. “*A arguição de relevância no recurso extraordinário*”. En: Revista dos Tribunais. São Paulo. 1988. Pág. 52.

amplia que permitía un gran margen de discrecionalidad al Supremo Tribunal Federal para elegir los recursos que quisiera juzgar.³⁸¹

La decisión acerca de la admisibilidad del recurso competía al STF en los casos en que estuviera presente la “petición de relevancia” y al tribunal *a quo* le competiría analizar los presupuestos de admisibilidad del recurso cuando no se presentase ese especial requisito. Una vez que el STF reconociera la existencia del especial requisito de admisibilidad, declarando la relevancia de la cuestión, no era posible rectificar su juzgado declarando en el mérito del recurso la inexistencia de la relevancia que dio causa al trámite de admisión, en los términos del artículo 329 del Regimiento Interno.

La “petición de relevancia” recibió varias críticas y fue objeto de varios debates doctrinarios que cuestionaban la ambigüedad terminológica-conceptual del subjetivismo interpretativo de la expresión “relevancia de la cuestión federal” y aún la discrecionalidad para la selectividad de los recursos otorgada exclusivamente al STF.³⁸²

SIDNEY SANCHES, Ministro del STF a la época, contestaba a las críticas sobre la ausencia de publicidad del juzgamiento y la ausencia de la motivación del fallo en el recurso extraordinario defendiendo que las audiencias decisorias del fallo eran administrativas porque el juzgamiento no sería de índole jurisdiccional al mismo tiempo que si las decisiones de los fallos fueran motivadas darían causa al aumento de las secciones plenarios de juzgamiento y la avalancha de los procesos continuaría invencible.³⁸³

La solución encontrada por el Tribunal Supremo para enfrentar las críticas fue fundamentar solamente la admisibilidad de las “peticiones de relevancia” mediante sumarios.³⁸⁴

³⁸¹ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense. São Paulo. 3ª Ed. 1999. Pág. 669.

³⁸² SCHWARZ VIANA, ULISSES. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Editora Saraiva. Instituto Brasileiro de Direito Público. São Paulo. 2011, 2ª Edição. Pág. 29.

³⁸³ SANCHES, SIDNEY. *Arguição de relevância da questão federal*. RT 627/257.

³⁸⁴ BRAGHITTONI, R. IVES. *Recurso extraordinário. Uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com a Lei nº 11.418/06 (Repercussão Geral)*. Editora Atlas. São Paulo. 2007. Pág. 11.

La Enmienda Regimental nº 02/1985 determinó que las decisiones relativas a los posicionamientos de relevancia serían publicadas especificando las peticiones admitidas y las inadmitidas debiendo ser expresamente mencionada la cuestión federal entendida como relevante por la Corte. Comprendiendo el carácter político de esa excluyente de admisibilidad del recurso extraordinario quedó definido que favorables cuatro votos, entre los once votos del Consejo juzgador, las peticiones de relevancia serían admitidas.³⁸⁵

El Ministro MOREIRA ALVES argumentó que al adoptar la “petición de relevancia” el STF se la consideró como un instrumento de preservación de los Estados federativos, preocupado en asegurar el derecho nacional contra atentados graves por su repercusión jurídica, moral, social, política o económica comparándolo al *Judiciary Act*, de 1925, de la Suprema Corte Estadounidense resaltando el poder discrecional de sólo juzgar las cuestiones que entiendan como de relevancia para el interés público.³⁸⁶

En efecto el juzgamiento de la relevancia de la cuestión general sería un acto político de decisión del Supremo Tribunal Federal brasileño.³⁸⁷

El procedimiento de juzgamiento de las “peticiones de relevancia” era realizado en el Consejo del STF con secciones abiertas al público, pero sin posibilidad de revisión. No se exigía fundamentación del fallo y la decisión era irrecurrible cumpliendo al tribunal sencillamente publicar las peticiones negadas y admitidas a trámite.³⁸⁸

Podemos observar que la “petición de relevancia” estuvo relacionada con la doctrina del Supremo Tribunal Estadounidense desarrollada bajo el objetivo de la consolidación del federalismo en un contexto histórico absolutamente distinto del brasileño y en un sistema de “*common law*” que fue

³⁸⁵ FERRATO, RUBENS POLO. “*Recurso extraordinário*”. En: Revista PGE, jan/fev. 1987. Nºs 27-28. Pág. 104.

³⁸⁶ CAMARGO MANCUSO, RODOLFO DE. “*Recurso extraordinário e recurso especial*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. Pág. 76.

³⁸⁷ MOREIRA ALVES. “*Conferência no Instituto dos Advogados Brasileiros*”. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro. Ano XVI, nºs 58-59. Págs. 41-63.

³⁸⁸ BERMAN, JOSÉ GUILHERME. “*Repercussão geral do recurso extraordinário. Origens e perspectivas*”. Juruá Editora. Curitiba. 2009. Pág. 113.

favorable a la concepción del control difuso de constitucionalidad. Sin embargo, el control mixto de constitucionalidad en Brasil aliado a la desconfianza del papel del STF que adquirió la competencia para el control de constitucionalidad concentrado para fines de asegurar las determinaciones de poderes, dictatoriales conforme nos enseña la historia, no encontró un escenario favorable para el filtro recursal extraordinario con la “petición de relevancia” razón por la cual ese requisito fue revocado del orden jurídico brasileño.

Curioso es observar que la “repercusión general”, requisito de admisión a trámite del actual recurso extraordinario, determinada por la Enmienda Constitucional nº 45, traduce su configuración en la origen de la “petición de relevancia”, asume algunos rasgos diferenciales que contestan parcialmente a las críticas expuestas en ese apartado y se sedimenta como un nuevo filtro de admisión del recurso extraordinario no menos criticable que su precedente aquí comentado.

4.2. LA REPERCUSIÓN GENERAL EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO.

La repercusión general atiende a la súplica procesal de celeridad al recurso extraordinario por medio de un intento de objetivación del derecho, movimiento que se intensifica en varios ordenamientos jurídicos occidentales.

La tendencia de la objetivación constitucional se inaugura con el artículo 97, de la CF/88, que establece la ya referida “reserva del Pleno”, determinando que la cuestión constitucional ya decidida precedentemente por el STF es trascendente, tornando dispensable la convocación del Pleno de este Tribunal por los tribunales *a quo*, a tenor de lo que consagró el artículo 481 del CPC.

El Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE en el juzgamiento del Agravio Regimental nº 5206-EP/2001, Pleno, defendió que la tendencia dominante de la creciente contaminación de la pureza de los dogmas del control difuso de constitucionalidad por el control concentrado lleva a la superación de los efectos *inter partes* para expurgar, aunque por vía del recurso extraordinario,

una ley constitucional que deberá tener su declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, si así lo entiende el STF.

Reforzando la comprensión de la objetivación de los efectos del recurso extraordinario el Ministro GILMAR MENDES en el Recurso Extraordinario nº 388830-RJ/2006 sostuvo que ese recurso dejó de tener un carácter marcadamente subjetivo o de defensa del interés de la parte para asumir de forma decisiva la función del orden constitucional objetivo permitiendo incluso que sea analizada la materia con base en un fundamento diverso del sostenido por la parte.

El escenario de objetivación procesal del recurso extraordinario está traducido en el especial requisito de admisibilidad de la repercusión general introducido por la Enmienda Constitucional nº 45 de 2004.

El párrafo 3º del artículo 102 de la CF/88 describe que:

En el recurso extraordinario el recurrente deberá motivar la repercusión general de las cuestiones constitucionales debatidas en el caso, en los términos de la ley, con fines de que el tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo recusarlo por manifestación de dos tercios de sus miembros”.

El citado precepto constitucional determina todavía que la repercusión general sería definida por ley lo que se configuró redactada en la Ley nº 11.418/2006.³⁸⁹

Sin embargo, la efectiva implantación del régimen de la repercusión general ocurrió tras la edición de la Enmienda Regimental del STF nº 21/2007 cuando por ocasión del juzgamiento de la Cuestión de Orden, AI-QO nº 664567/2007, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, se firmó el entendimiento de que el normativo solamente se aplicaría para los recursos extraordinarios interpuestos a partir de 03 de mayo de 2007, fecha de aprobación del reglamento regimental.

³⁸⁹ Véase en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm. Acceso en: 18 de marzo de 2013.

El Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, en la Cuestión de Orden, AI-QO n° 664567/2007, pautándose en el art. 327 del RISTF adujo que la preliminar de la repercusión general fue regulada como exigencia, debiendo ser formal y fundamentada para la cual debe atender los siguientes supuestos:

- a) que es de exigirse la argumentación de la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en cualquier recurso extraordinario, incluido el criminal;
- b) que la verificación de la existencia en la petición del recurso extraordinario de la “preliminar formal y fundamentada de la repercusión general” (C. Pr. Civil, art. 543-A, párrafo 2º; RISTF, art. 327) de las cuestiones constitucionales discutidas puede ser analizada tanto en el origen cuanto en el Supremo Tribunal Federal, siendo de competencia exclusiva de este Tribunal, la decisión sobre la efectiva existencia de repercusión general;
- c) que sólo se aplica la exigencia de argumentación de la repercusión general a partir del día 3 de mayo de 2007, fecha de la publicación de la Enmienda Regimental n° 21, de 30 de abril de 2007.³⁹⁰

El entendimiento firmado en dicho precedente fue reafirmado por el Supremo Tribunal Federal en las siguientes decisiones: AI n° 654.483, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Diario de Justicia de 28.05.2007; AI n° 651.056, relatora Ministra Carmen Lúcia, Diario de Justicia de 21.06.2007; RE n° 581.084, relator Ministro Carlos Britto, Diario de Justicia Electrónico de 03.04.2008; AI n° 670.433, relator Ministro Marco Aurélio, Diario de Justicia Electrónico de 04.04.2008; AI n° 694.897, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Diario de Justicia Electrónico de 16.04.2008.

³⁹⁰

Véase

decisión

en:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485554>. Acceso en: 18 de marzo de 2013.

Con la previsión constitucional acerca de la repercusión general en el recurso extraordinario y el desarrollo de la normativa procesal, además de la actualización normativa del RISTF, el recurso extraordinario pasa a tener un mecanismo de filtraje a más que dificulta su proposición al Supremo Tribunal Federal con vistas a solucionar la crisis de sobrecarga que es evidenciada a lo largo del tiempo.

OSCAR VILHENA analiza que la búsqueda de la jurisdicción constitucional es privilegiar el control concentrado de constitucionalidad y presuponer un trabajo subsidiario por parte del STF para actuar en el control difuso de constitucionalidad. En ese sentido, la adopción de un sistema de filtraje de los recursos extraordinarios aumentaría la autoridad del STF con el reforzamiento del control concentrado sin que ese tribunal amplíe su carga de trabajo.³⁹¹

Definir un concepto para la configuración de la repercusión general no es tarea fácil. Incluso después de la edición de la Ley nº 11.418/2006, que reglamentó la aplicación de la repercusión general y de la trascendencia constitucional, la indefinición de lo que sea repercusión social, jurídica, política y económica dependerá de la determinación del concepto en cada caso analizado por el STF.

En efecto, si miramos hacia la tradición jurídica del Tribunal Supremo, como órgano de cierre excepcional del *common law* en los Estados Unidos, y, hacia la adecuación por Alemania de los procedimientos que objetivaron descargar de trabajo al Tribunal Constitucional, podremos comprender como surge la influencia que definió los preceptos normativos incorporados a la legislación brasileña y, que además, influye en otros países, como, por ejemplo España.

En Estados Unidos, la jurisdicción del Tribunal Supremo fue siendo desarrollada de modo a quedar reservada para los casos considerados de importancia trascendente, conforme se nota en el *writ of certiorari* y en la apelación, con lo que la dimensión objetiva del derecho constitucional y de los derechos fundamentales está privilegiada frente a la dimensión subjetiva de

³⁹¹ VILHENA VIEIRA, OSCAR. “*Que reforma?*” En: *Estudos Avançados*. Vol. 18, nº 51, 2004. Pág. 202.

tutela jurisdiccional. La Suprema Corte estadounidense asumió como mayor desafío la interpretación constitucional y la atención a las cuestiones significativas de derecho federal, objeto formador de su tradición histórica en el control de constitucionalidad.³⁹²

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal estadounidense no hay la concreción de criterios definitivos que determinen el nivel de importancia de un caso, habiendo, por el contrario, únicamente, una definición negativa, disponiendo que la jurisdicción de este Tribunal no se ocupe de casos que no contengan una cuestión importante. Las orientaciones contenidas en la Regla 10, que rige la práctica del *certiorari*, en la actuación de la discreción judicial, va a suponer que la exigencia de la importancia es mensurada conforme al juicio del magistrado y no a una regla. De este modo, el criterio de importancia no es definido ni rígido, haciendo con que la discrecionalidad sea inevitable y esté sujeta a la presión de la cantidad de trabajo del Tribunal que determinará su actuación y elección de los casos.³⁹³

El normativo de la Regla 10, a), b) y c) del Tribunal Supremo estadounidense asienta que se evidencia una cuestión importante cuando: el tema sea sobre sentencias conflictivas entre tribunales; todavía no haya jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo o cuando la decisión de otros jueces o tribunales contraríen jurisprudencia dominante del Tribunal, y, cuando hayan errores graves, basados en errores fácticos o aplicación equivocada de una norma, que necesiten ser corregidos.

Sin embargo, en la práctica del Tribunal Supremo estadounidense la tutela subjetiva del interés individual puede ser decisiva para la concesión de un *writ of certiorari*, considerando la relevancia para la protección individual del recurrente, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las penas capitales vigentes en este país.³⁹⁴

³⁹² REHNQUIST, W. H. “*Seen in a glass darkly: the future of the Federal Courts*”. Wis. L. rev. 1. 1993. Págs 11-12.

³⁹³ FRANFURTER & FISHER. “*The Business of the Supreme Court at the October Terms, 1935 and 1936*”. 51 Harv. L. Rev. 577. 1938. Págs 582-583.

³⁹⁴ TUSHNET, M. “*Making constitutional law. Thugood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991*”. Oxford University Press. New York. 1997. Págs. 163-178.

Además, el Tribunal Supremo se ha tomado en cuenta para la concesión del *writ of certiorari* situaciones de impacto social, político, económico y jurídico que trasciendan los intereses subjetivos de las partes en el proceso tal y como enuncian PROVINÉ.³⁹⁵ Cuestiones de trascendencia social estarían relacionadas, por ejemplo, con discriminación en razón de raza.³⁹⁶ La trascendencia política estaría configurada si las implicaciones políticas trascendieran a la sociedad aunque sean pocas las personas directamente afectadas, como por ejemplo, temas de derecho electoral.³⁹⁷ En el ámbito jurídico la trascendencia se produciría con la necesidad de uniformización jurisprudencial, creación de doctrina constitucional y adecuación de la doctrina constitucional a cuestiones cambiantes.³⁹⁸

Conforme podemos notar la tradición jurídica construida en Estados Unidos influencia sobremanera la Enmienda Constitucional nº 45/2004 en los moldes con que se firma el requisito de la repercusión general y de la trascendencia constitucional, aunque en Brasil, la actuación discrecional sea muy peligrosa por no tener base jurisprudencial secular, tal y como está en la jurisprudencia de la Suprema Corte Estadounidense, que actúa de modo muy natural por medio del sistema de precedente del *stare decisis* que vincula a todos los jueces, al paso que en Brasil el apego al formalismo de la ley, típico del *civil law*, significa un óbice para el buen funcionamiento de esta práctica.

A su vez, en Alemania el *verfassungsbeschwerde*, previsto en el art. 93. a, de la Ley del Tribunal Constitucional Federal – BverfGG, texto de 1951, tras las modificaciones en él por las Leyes de 11 de agosto de 1993 y 16 de julio de 1998, en consonancia con su tradición jurídica de *civil law*, optó por adoptar un mecanismo que busque disminuir la sobrecarga del Tribunal con base en la admisión a trámite de un recurso que tenga un significado jurídico

³⁹⁵ PROVINÉ, D. M. “*Case selection in the United States Supreme Court*”. University Chicago Press. Chicago and London. 1980. Pág. 75.

³⁹⁶ TUSHNET, M. “*Making civil rights law: thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*”. Oxford University Press. New York. 1994.

³⁹⁷ CHEMERINSKY, E. “*Bush v. Gore loss not justiciable*”. 76. Notre Dame L. rev. 2001. 1073.

³⁹⁸ BAKER. “*A practical guide to certiorari*”. 33Cath. U. L. Rev. 611. 1984. Pág. 613.

constitucional fundamental cuando resulte para el recurrente un perjuicio especialmente grave de la negativa a conocer del fondo.³⁹⁹

En Alemania el BverfGG ejerciendo el amplio margen de interpretación para la protección de derechos fundamentales fijó un conjunto de criterios para identificar cuándo una cuestión constitucional poseería relevancia fundamental definiéndola en los siguientes términos: cuando exista duda sobre la interpretación conforme con la Constitución de la cuestión constitucional suscitada; cuando la cuestión constitucional no haya sido aclarada por el Tribunal Constitucional; cuando deba ser revisada debido a la existencia de situaciones cambiantes; cuando haya entendimiento controvertido entre tribunales o doctrinas; y que además trascendiera el caso concreto identificando intereses objetivos de protección constitucional.⁴⁰⁰

El aspecto más novedoso de la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán fue considerar que el margen discrecional de su interpretación debería estar combinado con un sistema de admisión a trámite de recursos fundamentados por las partes interesadas que vendrían a contribuir aportando argumentos para el convencimiento de la doctrina a ser firmada y la real necesidad de la pronuncia del Tribunal acerca del tema.

Con la observancia del modo con que operan el Supremo Tribunal estadounidense y el Tribunal Constitucional alemán observamos que los procedimientos utilizados por ambos los Tribunales influyeron en el sistema de selección de recursos consagrado en Brasil.

Aunque la mayoritaria doctrina brasileña relacione la repercusión general y la trascendencia constitucional directamente con el *writ of certiorari*, es cierto que la Enmienda Constitucional nº 45, se traduce en una mayor aproximación del procedimiento brasileño con el procedimiento propuesto por Alemania, que exige la justificación de un significado jurídico fundamental para admisión a trámite, al revés de permitir un sistema absolutamente discrecional de selección de casos como en el modelo estadounidense.

³⁹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”*. Dykinson. Madrid. 2007. Pág. 88.

⁴⁰⁰ HERNÁNDEZ RAMOS, MARIO. *“El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional”*. Editorial Reus. Madrid. 2009. Págs. 249-250.

Por otra parte, las raíces de la exigencia de fundamentación de la relevancia social, económica, política o jurídica, expresamente exigida por el CPC, tras las modificaciones de la Ley nº 11.418/2006, se identifican con la jurisprudencia construida en Estados Unidos definiendo criterios para definición de materias que presenten repercusión general de orden constitucional.

La doctrina brasileña intuitivamente apunta que tratándose la repercusión general de concepto indeterminado, lo que se puede considerar es que el objetivo con el cual el requisito fue introducido en el orden jurídico brasileño, destinado a descargar de trabajo al STF, conllevará a la comprensión de que su concepto privilegia el interés público y su alcance deberá ultrapasar, trascender, el interés de la parte.⁴⁰¹

En efecto, el proyecto de ley que culminó aprobado en la Ley nº 11.418/2006 acreciendo los artículos 543-A y 543-B en el CPC fue presentado en el Congreso Nacional en veinte tres de enero de dos mil y seis afirmando la exclusividad del STF para realizar el examen de la repercusión general del caso, pero resguardando la posibilidad de intervención de *amicus curiae* en esa fase procesal. Definió que la competencia para no admisión de la presencia del requisito de repercusión general sería exclusiva del Pleno del STF y garantizó que la presencia favorable de cuatro votos, de los once Ministros, por la existencia de repercusión general desde luego presumiría admitido el recurso. Definió el trámite para el juzgamiento masivo de múltiples recursos sobre el mismo objeto. Identificó como de presumida repercusión general todos los casos en que hubiere juicio *a quo* contrariando sumario o jurisprudencia dominante, los casos en que trataban de nacionalidad y derechos políticos, y por fin, los casos que fueren relativos a derechos o intereses difusos.⁴⁰²

El Proyecto de Ley Sustitutivo (en adelante PLS 12/06-S) propuesto por la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía consideró que la primera versión del proyecto de ley fue excesivamente detallista y presentó una reglamentación legislativa mínima asegurando que el STF pudiera reglamentar

⁴⁰¹ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “A emenda constitucional 45 e o processo”. En: Revista Dialética de Direito Processual, nº 33. 2005. Pág. 56.

⁴⁰² Véase el PLS 12/06 en: www.planalto.gov.br. Acceso en 23 de marzo de 2013.

el instituto con libertad en su Regimiento Interno lo que ocurrió con la previsión de los artículos 321 a 329 de ese normativo.⁴⁰³

Sin embargo, en el tema de la presunción de la repercusión general el párrafo 3º del artículo 989 del PLS 12/06-S amplió las hipótesis de procedibilidad concibiéndolas cuando el recurso impugnara: decisión contraria a sumarios y jurisprudencia dominante del STF; tesis firmada en juzgados repetitivos; y la decisión de inconstitucionalidad de tratado o ley federal. La propuesta no fue acatada y se quedó limitada resultando el actual artículo 543-A, párrafo 3º, del CPC con previsión de repercusión general presumida solamente para los casos de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF.⁴⁰⁴

Veremos las peculiares características del juicio de admisibilidad del recurso extraordinario a continuación, y dejaremos el análisis del procedimiento definitivamente aprobado por la ley y sistematizado por el Reglamento Interno del STF para el apartado específico sobre el tema, considerando su complejidad.

En efecto, desde luego podemos observar que el nuevo trámite del recurso extraordinario privilegió la lógica de la objetivación del derecho, el reforzamiento del control concentrado de constitucionalidad por el STF y la búsqueda por atribuir eficacia *erga omnes* y efecto vinculante a las decisiones en sede de control difuso de constitucionalidad contribuyendo para la preservación de la autoridad de sus decisiones.

En última instancia la objetivación del recurso extraordinario producirá efecto vinculante en dos momentos diversos: en la fase de la admisibilidad y en la fase del juicio de mérito. En ambos los casos, la admisión o la no admisión a trámite, condicionarán la obediencia de los tribunales *a quo* sin posibilidad de interposición de nuevo recurso que cuestione la decisión del STF.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Véase: Diário do Senado federal, publicado em 02 de febrero de 2006. Págs. 2.812-2.813.

⁴⁰⁴ SCARPINELLA BUENO, CASSIO. “*Repercussão geral no projeto de novo Código de Processo Civil*”. En: *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em Homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2011. Pág. 142.

⁴⁰⁵ SCHWARZ VIANA, ULISSES. “*Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*”. Editora Saraiva. São Paulo. 2011. Ob. Cit. Pág. 46.

4.2.1. Hipótesis de procedibilidad del recurso extraordinario y la repercusión general.

El artículo 102, III, a, de la CF/88 determina que cabrá recurso extraordinario contra causas decididas en única o última instancia cuando la decisión recurrida contraría el dispositivo de la Constitución. Ese precepto, tal como hemos anteriormente comentado, fundamenta el control difuso de constitucionalidad en Brasil por medio del recurso extraordinario.

A causa del párrafo 3º, artículo 5º, de la CF/88, que reconoce el *status* constitucional aquéllos tratados de derechos humanos incorporados al orden jurídico interno por aprobación de 3/5 de los miembros de la Cámara y del Senado con votación en dos turnos, el recurso extraordinario es el instrumento adecuado para el control de constitucionalidad de estos normativos.

En lo referente a los tratados de derechos humanos que no sean incorporados al ordenamiento interno con el procedimiento especial supra mencionado GARCIA MEDINA defiende que le tocará al recurso especial, de competencia del Superior Tribunal de Justicia, el examen de las violaciones convencionales, por fuerza del artículo 105, III, a de la CF/88, que determina ser de competencia de este tribunal las decisiones que niegan vigencia a las leyes federales.⁴⁰⁶

Sin embargo disintimos del autor por considerar que la definición teórica de la *supralegalidad* de los tratados internacionales de derechos humanos conlleva a la necesaria comprensión de que los mismos sean jerárquicamente superiores a las leyes federales, aunque no hayan alcanzado *status* de enmienda a la Constitución, una vez que los compromisos internacionales asumidos con la ratificación de un tratado no pueden ser revocados por ley interna de un país. Además, la irrevocabilidad es característica intrínseca a los derechos humanos, factor ese que no se pierde por eventuales disentimientos políticos en el procedimiento de incorporación de

⁴⁰⁶ GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL. “*Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009. Pág. 82.

los tratados de derechos humanos manteniéndose estos derechos con la misma naturaleza material de los derechos constantes en tratados que fueron ratificados atendiendo al determinado en el artículo 5º, párrafo 3º de la CF/88.

De este modo, el recurso extraordinario deberá ser hábil tanto para el control de constitucionalidad como para el control de convencionalidad de los tratados de derechos humanos, una vez que siendo el STF la última instancia para la protección de los derechos fundamentales, ese órgano asume el protagonismo de proceder a la protección de los derechos, objeto de tratados internacionales caracterizados por la *supralegalidad*, siendo jerárquicamente superiores a las leyes federales, y, suponiendo configuración de la repercusión general delante de la existencia de relevancia jurídica y política internacional, así como de transcendencia a los intereses de las partes, una vez que el tema trasciende eventuales intereses subjetivos y afecta a los poderes del país como un todo con vistas a evitar la penalización internacional del Brasil por el no cumplimiento de los términos ratificados en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Para la protección multinivel de derechos, determinada por la lógica procesal de integración entre la jurisdicción constitucional brasileña y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la distinción de categorías normativas atribuidas a los Tratados de Derechos Humanos por el procedimiento del artículo 5º, párrafo 3º, de la CF/88, es indiferente y si el máximo guardián de la Constitución no permite llegar a su apreciación los casos de violación a los derechos humanos el país será penalizado, recayendo sobre el poder ejecutivo la obligatoriedad de contestar a la omisión.

Evidente está configurada la repercusión general con base en la relevancia jurídica de protección a los derechos fundamentales y en la relevancia política de la responsabilidad internacional, además de la transcendencia a los intereses de las partes en el recurso una vez que el tema conlleva sobrepasar la cuestión para alcanzar intereses de política internacional.

Por su parte, la línea *b*, del inciso III, del artículo 102 de la CF/88 se refiere a la posibilidad del recurso extraordinario en los casos que la decisión *a quo* declaró la inconstitucionalidad de tratado internacional o ley federal. La hipótesis difiere de las reflexiones anteriores porque en el caso antecedente

nos referimos a decisiones que contraríen dispositivos convencionales y no aquéllas que declaren su inconstitucionalidad. Para este último caso el uso del recurso extraordinario es incuestionable en el ejercicio del control de constitucionalidad.

El artículo 102, III, c, trata de las causas en que el juicio recurrido juzga válida ley o acto de gobierno que fue cuestionado por confrontarse con la Constitución. En sentido similar, la línea d, del citado artículo permite el uso del recurso extraordinario contra decisiones que juzguen válidas leyes locales que afronten leyes federales. La opción por la inclusión de la línea d, propuesta en la Enmienda Constitucional nº 45/2004, objetivó asegurar el control de conflicto de competencias legislativas entre los entes federativos por el STF, aunque quepa al Superior Tribunal de Justicia, por medio del recurso especial, la revisión de la actuación de los juzgados que consideren válidos actos de gobierno local que contradigan ley federal.

No olvidemos la hipótesis prevista en el artículo 543-A, párrafo 3º, del CPC, asentando repercusión general presumida en los casos de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF, que permite la interposición de recurso extraordinario por entenderse ser un sucedáneo de la línea a del artículo 102, III de la Constitución.

En efecto, aduce CAMARGO MANCUSO que cuando un sumario vinculante del propio STF ya haya asentado que una cierta exégesis es contraria a la Constitución, el no cumplimiento a ese normativo jurisprudencial autoriza el recurso extraordinario para combatir la contrariedad a un precepto constitucional, conforme determina el artículo 102, III, a.⁴⁰⁷

Por fin, es importante subrayar que alegación de ofensa indirecta a la Constitución no autoriza el uso del recurso extraordinario, conforme jurisprudencia del STF firmada en el Agravio Regimental 210550-7/1998, relator Ministro Moreira Alves.

En el ARE nº 672.646/2012, relator Ministro Luiz Fux, el Supremo Tribunal Federal, siguiendo los precedentes más recientes que consolidan esta jurisprudencia (AI nº 738.145– AgR /2011, relator Ministro Celso de Mello; AI

⁴⁰⁷ CAMARGO MANCUSO, RODOLFO DE. *“Recurso extraordinário e recurso especial”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. Ob. Cit. Pág. 219.

nº 482.317– AgR /2011, relatora Ministra Ellen Gracie; AI nº 646.103 AgR /2011 –, relatora Ministra Cármen Lúcia) determina que la violación indirecta o refleja de las reglas constitucionales no autoriza el uso del recurso extraordinario y, además, alegación de ofensa a los postulados de legalidad, del debido proceso legal, de la amplia defensa, de la motivación de los actos decisorios, del contradictorio, de los límites de la cosa juzgada, y, de la prestación jurisdiccional sería indirecta o refleja (todo según los más recientes precedentes: AI nº 803.857/2011, relator Ministro Celso de Mello; AI nº 812.678– AgR /2011, relatora Ministra Ellen Gracie; AI nº 513.804– AgR /2011, relator Ministro Joaquim Barbosa).

Sin embargo, este precedente jurisprudencial puede ser flexibilizado por la motivación del Recurso Extraordinario nº 247.262/2001, relator Ministro Marco Aurélio, que defendió que en cada caso debe ser analizado si el recurso es abusivo o si aunque no evidencie afronta directa y frontal a la Constitución se lo configura como legítimo para la preservación de la legalidad, de la amplia defensa y del debido proceso legal.

4.2.2. El juicio de admisibilidad de la repercusión general.

El examen de la existencia del requisito de admisibilidad de la repercusión general se divide entre los aspectos formales y materiales.⁴⁰⁸ Los tribunales *a quo* tienen competencia para proceder al examen formal del recurso extraordinario evaluando si hay preliminar con fundamentación específica fundamentando la repercusión general.

En efecto, no habiendo la alegación de la repercusión general en el recurso extraordinario en preliminar formal y fundamentada el mismo será inadmitido en la instancia inferior que no lo trasladará al STF, en los términos del párrafo 2º del artículo 543-A del CPC, que determina ser de responsabilidad del recurrente “fundamentar la existencia de repercusión general, en preliminar del recurso, para apreciación exclusiva del STF”.

⁴⁰⁸ SCHILLING FERRAZ, TAÍS. “Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade”. En: Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em Homenagem à Ministra Ellen Gracie. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2011. Pág. 85.

Consolidando la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal el AI n° 667.027– AgR /2008, relator Ministro Celso de Mello, determina que la repercusión general, en los términos de la Ley n° 11.418/2006, constituye requisito previo de admisibilidad del recurso extraordinario, cuyo conocimiento por el STF depende para más allá de la verificación de los presupuestos recursales que les son inherentes, del reconocimiento de la existencia de controversia constitucional impregnada de alta y relevante trascendencia política, jurídica, social o económica, que ultrapase, por efecto de su propia naturaleza, los intereses meramente subjetivos discutidos en la causa.

De este modo, incumbe a la parte interesada argumentar a favor de la existencia de estos requisitos para que el Tribunal Supremo venga a conocer del apelo extremo.

Por su parte, en el AI n° 812.571– AgR /2012, relator Ministro Luiz Fux, el Supremo Tribunal Federal dispuso que el recurso extraordinario es inadmitido cuando no presentar preliminar formal de trascendencia general o cuando esta no fuere suficientemente fundamentada.

En efecto, en el AI n° 846.422– AgR /2012, relator Ministro Luiz Fux, el STF declaró que es insuficiente la simple alegación de que la materia en debate en el recurso extraordinario presenta repercusión general. Cabe a la parte recurrente justificar de forma expresa y clara las circunstancias que podrían configurar la relevancia económica, política, social o jurídica de las cuestiones constitucionales invocadas en el caso, puesto que la fundamentación deficiente inviabiliza la admisión a trámite del recurso extraordinario.⁴⁰⁹

La competencia para el examen material de la existencia de la repercusión general es exclusivamente atribuida al STF que motivará el fallo analizando si la materia es relevante para el orden social, jurídico, político o económico, y aún, si tiene trascendencia de interés para más allá de los intereses subjetivos de las partes.

La configuración del examen de admisibilidad del recurso extraordinario, en las dimensiones formal y material, también puede ser

⁴⁰⁹409 En el mismo sentido: ARE n° 649042/2012 – AgR, relator Ministro LUIZ FUX. ACÓRDÃO ELECTRÓNICO DJe-120. DIVULGADO 19-06-2012; PUBLICADO 20-06-2012.

llamado de “juicio diferido de admisibilidad”, puesto que la admisión a trámite del recurso extraordinario será juzgada tanto por el tribunal *a quo*, que tiene la competencia para remitir el recurso extraordinario a la apreciación del STF después de verificar si está fundamentada la preliminar de repercusión general, como por este último Tribunal que evaluará la existencia de repercusión social, jurídica, política o económica y además decidirá si el caso trasciende a los intereses de la parte.

Cúmplenos todavía destacar que en la esfera de apreciación material del STF hay doble verificación de requisitos especiales que componen la repercusión general: la repercusión social, jurídica, política o económica, tenida como elemento objetivo relativo al objeto de la causa; y la trascendencia constitucional, configurada como elemento subjetivo relacionado a la superación de los intereses de la parte procesal para el interés colectivo que la cuestión constitucional demandada.

Por ocasión de la decisión del STF en el ARE nº 665.969 - RG, Relator Ministro LUIZ FUX, de 10/05/2012, el Tribunal reafirmó en su jurisprudencia la distinción entre el requisito de la repercusión general y el requisito de la trascendencia constitucional al considerarse competente para juzgar el carácter abusivo del derecho a la huelga de funcionarios públicos, considerando haber en el caso relevancia de la cuestión constitucional (relacionada con la repercusión general de carácter social) y trascendencia de intereses (relacionado con la trascendencia que ultrapasa en interés subjetivo de las partes).

En el mismo sentido en el RE nº 565.714 - RG, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, de 08/02/2008, el Supremo Tribunal Federal al decidir sobre el pago adicional en los casos de trabajos ofensivos a la salud tuvo como base de cálculo el presupuesto mínimo constitucionalmente garantizado, y, teniendo en cuenta el art. 7º, inc. IV, de la Constitución, consideró estar justificada la repercusión general de la relevancia jurídica, caracterizada por la divergencia jurisprudencial.

Además, entendió presente la trascendencia a los intereses de las partes, pues la solución definida por el STF determinaría no sólo el régimen de presupuestos de los funcionarios públicos, sino que tratará de la materia contenida en la Consolidación de las Leyes del Trabajo para el pago adicional

en los casos de trabajos ofensivos a la salud que afectará a todos los funcionarios públicos.

MARINONI y MITIDIERO analizan que el alcance de la cognición de la repercusión general por el tribunal recurrido es limitado al juicio de admisibilidad formal no admitiéndose que se pronuncien sobre el fondo de la repercusión en su carácter material de relevancia social, jurídica, política o económica y de la trascendencia constitucional, caso en que la eventual intromisión indebida desafía la Reclamación al Supremo Tribunal con fines de mantener la integridad de su competencia.⁴¹⁰

La acreditada doctrina considera que una vez más estamos delante de un sistema de filtro idéntico, en el punto de vista substancial, al sistema de la “petición de relevancia” que permitía llegar al STF solamente las cuestiones cuya importancia trascendiera la causa para la cual el recurso fue interpuesto.⁴¹¹

Sin embargo, hay quienes comprenden que hay más diferencias que similitudes entre los dos institutos jurídicos, considerando que el objeto del recurso extraordinario era, en el orden constitucional anterior, más amplio incluyendo las violaciones a las leyes federales (hoy de competencia del Superior Tribunal de Justicia), y además, la existencia de la cuestión constitucional no necesitaba ser fundamentada por la parte, pues era presumida por el Tribunal que elegía el recurso para su apreciación.⁴¹²

En efecto, en el sistema actual, en la Cuestión de Orden del Agravio Interno nº 664.567/2007, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, el STF subraya que la verificación de la existencia de la preliminar de repercusión general, siendo un requisito formal de responsabilidad del recurrente, si inexistente impide el seguimiento del recurso debiendo ser observado en el origen por el tribunal *a quo*.

⁴¹⁰ MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. “*Repercussão geral do recurso extraordinário*”. Revista dos Tribunais Editora. São Paulo. 2007. Pág. 43.

⁴¹¹ MEDINA, JOSÉ MIGUEL GARCIA; WAMBIER, LUIZ RODRIGUEZ; WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. “*Repercussão geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC nº 45/2004*”. En: Reforma do Judiciário. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005. Pág. 374.

⁴¹² BERMAN, JOSÉ GUILHERME. “*Repercussão geral do recurso extraordinário. Origens e perspectivas*”. Juruá Editora. Curitiba. 2009. Ob. Cit. Pág. 114.

La decisión proferida en la instancia *a quo* que admita o no admita tramitar el recurso extraordinario para el STF debe ser fundamentada, conforme artículo 542, párrafo 1º del CPC y Sumario nº 123 del Superior Tribunal de Justicia.

Cabe subrayar que la inadmisión del trámite del recurso extraordinario para el STF podrá ocurrir en dos casos: cuando en el juicio *a quo* se observa la inexistencia de los requisitos procesales y de la preliminar de la repercusión general; y aún, cuando el STF ya se hubiere pronunciado sobre la inexistencia precedente de la repercusión general al caso similar que vuelva a ser presentado. El juicio acerca de la existencia de la repercusión general es exclusivo del Tribunal Supremo.

La decisión que no admita a trámite el recurso extraordinario con base en la segunda hipótesis mencionada deberá fundamentarse en precedente jurisprudencial del propio STF, único órgano competente para juzgar si el caso posee la repercusión social, jurídica, política o económica y la trascendencia de la cuestión constitucional.⁴¹³

CAMARGO MANCUSO aduce que:

“la repercusión general de la cuestión constitucional no es una exigencia sencillamente técnico-procesal sino evidencia trascendentes aspectos “*metajurídicos*” (sociales, económicos y políticos) que no se confunden con el mérito del recurso extraordinario, pues el STF analiza la repercusión general para admitir o inadmitir el referido recurso, por lo tanto en una abordaje cronológicamente antecedente y axiológicamente neutra. De este modo, la evaluación positiva en cuanto a este requisito solamente autoriza la secuencia del examen formal cuanto a los presupuestos objetivos y subjetivos de admisibilidad, sin ninguna señalización en cuanto al

⁴¹³ GRACIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL. “*Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009. Ob. Cit. Pág. 73.

oportuno proveimiento o no proveimiento. No es una prejudicial de mérito porque no condiciona el contenido del juicio en el recurso (...). La repercusión general es un requisito previo genérico al juicio de admisibilidad del recurso extraordinario, pero cuando su evaluación resulta negativa dispensa el análisis de los demás requisitos procesales de admisibilidad e inadmite el recurso. Sin embargo, aunque sea reconocida la existencia de repercusión general esto no significa que el recurso va a ser deferido en el mérito, pues solamente resulta en el reconocimiento por el STF de que el objeto del recurso extraordinario presenta relevancia constitucional y trascendencia a los intereses de las partes, pero no que significa que la parte tenga razón para el proveimiento de su pedido.⁴¹⁴

Cúmplenos observar que además de todos los requisitos comunes de admisibilidad a todos los recursos (emplazamiento, pago de costas, procedibilidad del pedido, interés recursal y legitimidad de parte) y de la inclusión del especial requisito constitucional de la repercusión general otros requisitos procesales, advenidos de la actividad jurisprudencial, se firmaron sobrellevando destacar el análisis del cuestionamiento previo o “prequestionamiento”.⁴¹⁵

⁴¹⁴ CAMARGO MANCUSO, RODOLFO DE. *“Recurso extraordinário e recurso especial”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. Ob. Cit. Pág. 185.

⁴¹⁵ BRAGHITTONI, R. IVES. *“Recurso extraordinário. Uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com a Lei ° 11.418/06 (Repercussão Geral)”*. Editora Atlas. São Paulo. 2007. Pág. 53.

4.2.3. La creación jurisprudencial de uno más requisito de filtraje para el recurso extraordinario: el cuestionamiento previo de la repercusión general.

El cuestionamiento previo como requisito del recurso extraordinario fue previsto en las Constituciones de 1891 (artículo 59 y ss.), 1934 (artículo 76 y ss.), 1937 (artículo 101, III, a e b) y 1946 (artículo 101, III, b), respectivamente.

Sin embargo la exigencia del cuestionamiento previo no vino mantenida en las Constituciones a partir de 1967, pero la construcción jurisprudencial del STF reiteró la exigencia, conforme se nota en el Sumario nº 282 que determina “inadmisión de recurso extraordinario cuando no cuestionada en la decisión recurrida la cuestión federal suscitada”, y aún, en el Sumario nº 356 que enuncia “el punto omiso de la decisión sobre la cual no fueron interpuestos “Embargos de Declaración” no pueden ser objeto de recurso extraordinario por faltar el requisito del cuestionamiento previo”.

La exigencia encuentra fundamento en la expresión “*causas decididas*” contante en el artículo 102, III de la CF/88.⁴¹⁶

El Agravio Regimental en el Recurso extraordinario nº 96.802, dispuso a tenor de lo que aducía Alfredo Buzaid, que la idea del cuestionamiento previo, consagrado en Brasil, tendría su origen en el *judiciary act* estadounidense, de 1789, que previó el *writ of error* para la protección de la jurisdicción nacional y para la prevención de conflictos entre los Estados y la autoridad federal determinando que la controversia debería haber sido argüida y decidida precedentemente en el proceso ante el tribunal del estado.⁴¹⁷

El entendimiento consagra que el recurso extraordinario se limita a las cuestiones analizadas en la decisión recurrida. Si esa fue omisa en alguna

⁴¹⁶ RIBEIRO CRISPIN, MIRIAN CRISTINA GENEROSO. “*Recurso especial e recurso extraordinário. Questões pontuais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no direito processual civil*”. Editora Pillares. São Paulo. 2006. Pág. 114.

⁴¹⁷ *Apud* CAMARGO MANCUSO, RODOLFO DE. “*Recurso extraordinário e recurso Especial*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. Ob. Cit. Pág. 275-276.

argumentación del pedido la parte debe interponer Embargos de Declaración o el recurso no podrá reanalizar lo que no fue suscitado en el proceso *a quo*.⁴¹⁸

En el AI nº 842.860– AgR /2012, relator Ministro Joaquim Barbosa, el Supremo Tribunal Federal informa que la cuestión no argumentada en la decisión recurrida y que no fue objeto de Embargos de Declaración evidencia ausencia de cuestionamiento previo y se constituye en óbice para la admisión a trámite del recurso extraordinario, a tenor de los Sumarios 282 y 356 del STF.

El Sumario nº 456 del STF determina que “Embargos de Declaración manifestados con propósito de cuestionamiento previo no tienen carácter abusivo”.

La postura del STF cambió con el tiempo para admitir que la interposición del Embargo de Declaración por la parte es suficiente para asegurar el cumplimiento del requisito de cuestionamiento previo mismo que el juicio a quo se omita en hacer pronunciamiento respecto de lo argüido por la parte.⁴¹⁹

En ese sentido el citado Sumario nº 356 del STF asienta entendimiento de que interpuesto el Embargo de Declaración por la parte, la recusa por el juicio *a quo* en suprimir la omisión no se constituye en óbice para la admisión a trámite del recurso extraordinario.

Sin embargo, cabe a la parte impugnar todos los fundamentos de la decisión recurrida, aunque esta no se posicione sobre los términos argumentados, conforme consagra la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en el AI nº 819.459– ED /200, relator Ministro Joaquim Barbosa.

GRECO FILHO defiende que será dispensada la obligatoriedad del cuestionamiento previo cuando el fundamento nuevo fuere suscitado solamente en la decisión recurrida por juicio *extra o ultra petita* y aún cuando en el tribunal *a quo* se rechace a examinar la cuestión argüida en el Embargo de Declaración.⁴²⁰

⁴¹⁸ ROSAS, ROBERTO. “*Direito sumular*”. Editora Malheiros. São Paulo. 2002. Pág. 120.

⁴¹⁹ DÓREA PESSOA, ROBERTO. “*Recurso extraordinário. Grau de cognição do juízo de mérito*”. Editora Saraiva. 2010. Pág. 74.

⁴²⁰ GRECO FILHO, VICENTE. “*Direito processual civil brasileiro*”. V. 2. Editora Saraiva. São Paulo. 2006. Págs 63-64..

La acreditada doctrina viene entendiendo la posibilidad de dispensa de cuestionamiento previo y la posibilidad de conocimiento de oficio por el STF de materias referentes al orden público sean de derecho material o procesal. Sin embargo, en la jurisprudencia ya viene predominado el entendimiento que incluso las cuestiones de orden público necesitan ser previamente cuestionadas.⁴²¹

GARCIA MEDINA subraya que no es suficiente que haya un cuestionamiento previo de la controversia sino que la cuestión constitucional aducida debe ostentar repercusión general. Sin embargo, destaca el autor, que en la hipótesis del artículo 543-A, párrafo 3º, del CPC, siendo determinada la repercusión general presumida, en los casos de decisión contraria a sumario o jurisprudencia dominante, el requisito del cuestionamiento previo es flexibilizado para la admisión del recurso aunque no haya sido cuestionada por la parte.⁴²²

4.2.4. El procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario y el juzgamiento único de múltiples recursos interpuestos ante el STF.

Conforme ya enunciamos el procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario es repartido entre el juicio a quo y el Supremo Tribunal Federal.

En el caso del juicio de admisibilidad en los tribunales *a quo* el Presidente del tribunal o el Vice-presidente o, a su caso, el Presidente de la Sala que recibe el recurso extraordinario verificará si se da la preliminar fundamentada de la repercusión general, requisito este de carácter constitucional previo, para en seguida, analizar si el recurso cumple los requisitos recursales comunes a saber: legitimidad del recurrente, interés procesal en recurrir, procedibilidad del pedido, preparo con pago de las costas,

⁴²¹ CAMARGO MANCUSO, RODOLFO DE. *“Recurso extraordinário e recurso especial”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. Ob. Cit. Pág. 280.

⁴²² GRACIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL. *“Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009. Ob. Cit. Págs. 121-122.

emplazamiento, todo en los términos del Código de Proceso Civil, artículos 242, 499, 511, 541, 543-A, párrafo 2º y del Código de Proceso Penal, artículo 577.⁴²³

No siendo admitido a trámite el recurso extraordinario en el tribunal de origen, que tiene la competencia para enviar el recurso al STF, la parte perjudicada podrá interponer Agravio de Instrumento, en los términos del artículo 544 del CPC o pedir aclaraciones sobre la decisión, vía Embargos de Declaración, conforme artículo 538 del CPC. La posibilidad de Agravio Interno en el propio STF, de la decisión del Ministro relator de ese Tribunal que inadmitió el Agravio de Instrumento contra decisión del juicio *a quo*, encuentra apoyo en el artículo 545 del CPC.

En cambio, siendo admitido a trámite, en el juicio *a quo*, el recurso extraordinario será remitido al STF que hará el análisis de fondo acerca de la configuración de la repercusión general y de la trascendencia de la cuestión general, requisitos previos para posterior decisión sobre el fallo. El RISTF dispone en el artículo 13, V, c que la ausencia de la preliminar de la repercusión general o siendo deficiente su fundamentación ocasionará la inadmisión a trámite, según ya hemos señalado con abundante jurisprudencia. En el mismo sentido el Sumario nº 284 del STF orienta que “no será admitido recurso extraordinario cuando la eficacia de su fundamentación no permitir la exacta comprensión de la controversia”.

Remetido al STF el recurso extraordinario, con admisibilidad reconocida por el juicio de origen, el mismo será distribuido al relator que reexaminará los requisitos de admisibilidad. En este momento el relator podrá decidir acerca de la intervención de *amicus curiae* (artículo 543-A, párrafo 6º

⁴²³ Parte de la doctrina entiende que el tribunal *a quo* deberá en primera fase verificar el cumplimiento de los requisitos comunes procesales para después verificar la existencia de preliminar de la repercusión general. Sin embargo, sin la referida preliminar todos los demás requisitos procesales están perjudicados razón por la cual entendemos que la presencia de la preliminar de la repercusión general compone la primera fase del juicio de admisibilidad ya que no será tramitado el recurso sin fundamentación preliminar aunque los demás requisitos procesales estén presentes. (En opinión contraria véase TORRES DE AMORIM, ADERBAL. “O novo recurso extraordinário. Hipótese de interposição, repercussão geral, amicus curiae, processamento, jurisprudência, súmulas aplicáveis.” Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2010. Pág. 33).

del CPC) y aún podrá inadmitirlo en los términos del artículo 557 del CPC, pero no podrá decidir aisladamente sobre la configuración de la repercusión general que compite al órgano colegiado en los términos de la CF/88, artículo 102, párrafo 3º y del artículo 543-A, párrafo 4º, del CPC. Solamente en el caso de la repercusión general presumida de la hipótesis de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF es que el relator decidirá de plano por la existencia de la repercusión general.

Además, el relator tendrá la facultad de reformar o suspender el juzgado del tribunal de origen en el caso de inobservancia de la jurisprudencia del STF firmada en el análisis de los casos de repercusión general, a tenor del artículo 21 del RISTF.

El procedimiento de juzgamiento de la repercusión general en el recurso está determinado por un quórum denominado “prudencial” que determina la negativa de la repercusión general siendo decidida por dos tercios de los Ministros del STF.⁴²⁴

Siempre que se presentaren en el tribunal *a quo* una multiplicidad de recursos con fundamento en idéntica controversia, el tribunal elegirá un recurso parámetro para actuar como *leading case* y suspenderá el juzgamiento de los demás recursos interpuestos bajo su apreciación de admisibilidad, hasta que el STF se pronuncie sobre el mérito de la cuestión constitucional, fijando precedente jurisprudencial que vinculará el tribunal *a quo* para juzgar el recurso sin la necesidad de que los procesos suspendidos sean remitidos al STF, en los términos del artículo 543-B y párrafo 1º del CPC.

Con vistas a que los múltiples recursos tengan su envío al STF impedida, ese órgano editó los Normativos Administrativos nº 177/2007 y 138/2009 permitiendo que su Secretaría devuelva a los tribunales de origen los múltiples procesos que versen sobre materia pendiente de su apreciación en los casos en que aquéllos tribunales no hayan suspendido la apreciación del recurso para esperar decisión definitiva acerca de la cuestión constitucional por la Corte Suprema.

⁴²⁴ CAMARGO MANCUSO, RODOLFO DE. “Recurso extraordinário e recurso especial”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. Ob. Cit. Pág. 188.

Ejemplo de ello es el RE nº 559.607– RG /2007, relator Ministro Marco Aurélio, el cual informó que una vez que el Tribunal Supremo esté decidiendo sobre la existencia de la repercusión general sobre el tema suscitado en los múltiples recursos, se impone la devolución al tribunal de origen de todos los demás recursos que hayan sido interpuestos en la vigencia del procedimiento definido por las normativas procesales, comunicando a los tribunales de origen que suspendan el envío a la Corte Suprema de los recursos que traten de materia idéntica.

Negada por el STF la existencia de la repercusión general los recursos suspendidos son automáticamente inadmitidos, en los términos del párrafo 2º del artículo 543 del CPC.

A su vez, la decisión que niega la existencia de la repercusión general es irrecurrible siendo el fallo aplicable para todos los casos idénticos, segundo preceptúa el artículo 326 del RISTF. El artículo 327 del mismo precepto normativo dispone que solamente cabe Agravio si el precedente de la negativa de la repercusión general estuviere en revisión o haya sido revisado por el STF.

Sin embargo, todavía carece de reglamentación regimental del STF el procedimiento de revisión de los precedentes de negativa de la repercusión general, estando pendiente de definición quienes serán legitimados para provocar la revisión, cuáles son las hipótesis de procedibilidad y cuáles son los efectos de la revisión de la repercusión general.⁴²⁵

Cuando el Supremo Tribunal decida sobre el mérito de la cuestión constitucional con existencia de repercusión general los recursos suspendidos en los tribunales de origen serán por ellos juzgados, pudiendo estos órganos declarar a los recursos perjudicados o se cambiar su decisión anterior, en los términos del artículo 544-B, párrafo 3º. En efecto, en el ejercicio del principio constitucional de la libre decisión del juez, este mismo juez, en el juicio *a quo*, puede mantener su decisión contraria a lo entendido por el STF, ocasión en la cual este último Tribunal podrá anular o reformar la decisión de aquéllos en los

⁴²⁵ SCHWARZ VIANA, ULISSES. *“Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann”*. Editora Saraiva. Instituto Brasileiro de Direito Público. São Paulo. 2011, 2ª Edição. Ob. Cit. Pág. 48.

términos de su Regimiento Interno, todo en conformidad del artículo 543-B, párrafo 4º del CPC.

En la Cuestión de Orden en el Agravio de Instrumento nº 760.358 el Supremo Tribunal entendió que en los casos de que el juicio *a quo* contraríe o aplique equivocadamente la jurisprudencia de aquel firmada en el mérito de la repercusión general de la cuestión constitucional la parte deberá interponer Agravio Interno al tribunal de origen, a ser procesado en los términos del Regimiento Interno de cada tribunal, no cabiendo Agravio de Instrumento al STF para corregir la decisión, conforme se evidencia en la descripción de la decisión mencionada:

“Cuestión de Orden. Repercusión General. Inadmisibilidad de Agravio de Instrumento o Reclamación de la decisión que aplica entendimiento de esta Corte a los procesos múltiples. Competencia del tribunal de origen. Conversión del Agravio de Instrumento en Agravio regimental”

En el RE nº 579.431– QO /2008 el Supremo Tribunal Federal evidenció la consolidación del procedimiento de implantación del régimen de la repercusión general informando que se aplica, plenamente, el régimen de la repercusión general a las cuestiones constitucionales ya decididas por el STF cuyos los juicios sucesivos dieron causa a la formación de sumario o jurisprudencia dominante, habiendo en estas hipótesis la necesidad de pronunciamiento expreso del Pleno de la Corte Suprema sobre la incidencia de los efectos de la repercusión general reconocida para que, en las instancias judiciales ordinarias, puedan ser aplicadas las reglas del nuevo régimen, en especial, para fines de retratación o declaración de prejudicialidad de los recursos sobre el mismo tema, quedando en este sentido, aprobada la propuesta de adopción de procedimiento específico que autorice la Presidencia de la Corte a traer al Pleno, antes de la distribución del recurso extraordinario, cuestión de orden en la cual podrá ser reconocida la repercusión general de la materia tratada, si fueren atendidos los presupuestos de relevancia.

Esta misma decisión firma que, en seguida, el Tribunal podrá, cuanto al mérito, manifestarse por la preservación del entendimiento ya consolidado o

deliberar por la renovación de la discusión del tema. En la primera hipótesis, la Presidencia está autorizada a negar la distribución de los recursos y devolver al tribunal de origen todos los recursos idénticos para que los jueces o tribunales ordinarios apliquen el procedimiento del art. 543-B, párrafo 3º del CPC. En la segunda situación, los recursos deberán ser encaminados para la normal distribución a los órganos del STF, que tras razonamiento someterá el fallo a la apreciación del Pleno del Tribunal. En el mismo sentido siguen las siguientes decisiones: RE nº 582.650– QO /2008, relator el Ministro Presidente; y, RE nº 580.108- QO /2008, relator Ministro Presidente.

En efecto, en el caso de que ya haya jurisprudencia consolidada del Supremo Tribunal Federal, es aconsejable que el tribunal de origen decida la cuestión sin remeter los recursos extraordinarios a nuevo juicio del STF, ejemplo de ello es el RE nº 582.019 - QO-RG/2008, relator Ministro Ricardo Lewandowski, que niega la distribución de recursos extraordinarios a los órganos del STF, que traten sobre mismo tema de jurisprudencia ya consolidada por este Tribunal, lo cual mandó devolver el recurso al tribunal de origen para que adoptara directamente los procedimientos previstos en el art. 543-B, párrafo 3º del CPC.

Por otra parte, el Tribunal Supremo interpretó los arts. 543-A, párrafo 3º, del CPC y el 323, párrafo 1º del RISTF, definiendo que en determinados supuestos, no se presume la ausencia de repercusión general cuando el recurso impugnar decisión que esté de acuerdo con el precedente ya firmado por la Corte Suprema, conforme se observa en el RE nº 565.822– RG /2008, relatora Ministra Cármen Lúcia, lo que podría pasar con los casos en que sea necesario resguardar la posibilidad de que sean revisadas las orientaciones firmadas por el STF cuando se evidencien situaciones cambiantes.

Hemos dejado demostrado que la intención del Supremo Tribunal Federal es impedir que se proliferen Agravios de Instrumento o Reclamaciones constitucionales para su apreciación. La objetivación del recurso extraordinario pretende disminuir la carga de trabajo del STF y por lo tanto la lógica de este Tribunal es impedir que otros recursos y acciones constitucionales sean interpuestos cuando la repercusión general esté decidida aunque la decisión en el tribunal de origen sea equivocada. La parte tendrá que contar con la buena voluntad del órgano colegiado del tribunal de origen para revisar la decisión.

El artículo 543-A, párrafo 6º, del CPC, permite la participación de terceros en la motivación de la decisión de la repercusión general. Tal dispositivo concede coherencia al procedimiento del juzgamiento sobre la existencia de repercusión general una vez que los interesados en los recursos pendientes en el tribunal de origen, en espera del análisis del *leading case* por el STF, deben tener el derecho al contradictorio, al debido proceso legal y a la amplia defensa conforme determina la Constitución. Además considerando el objeto de la repercusión general identificado por la relevancia social, política, jurídica o económica, y, aún la trascendencia a los intereses de las partes, la manifestación del *amicus curiae*, aunque no siendo parte un recurso suspendido en el juicio de origen, permite la mayor determinación de los contenidos abstractos identificadores de la repercusión general.

GARCIA MEDINA aduce que la manifestación de terceros interesados en el proceso no se restringe a la identificación de la repercusión general sino debe extenderse al mérito del recurso.⁴²⁶

En lo referente a la concesión de medidas cautelares en los recursos extraordinarios el STF decidió en la Cuestión de Orden en la Acción Cautelar nº 2.177 que, en regla, la competencia para análisis del pedido es del tribunal de origen, conforme se observa en el juzgado:

“Cuestión de Orden. Acción Cautelar. Recurso extraordinario. Pedido de concesión de efecto suspensivo, en el origen, delante del reconocimiento de repercusión general por el Supremo Tribunal Federal. Artículos 543-B, párrafo 1º, del CPC, y 328-A, del RISTF. Sumarios 634 y 635. Jurisdicción cautelar que debe ser prestada por los Tribunales y Salas recursales *a quo*, incluso cuanto a los recursos admitidos, pero suspendidos en el origen. 1. Para la concesión del excepcional efecto suspensivo al recurso extraordinario es necesario un juicio positivo de

⁴²⁶ GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL. “*Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*”. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009. Ob. Cit. Pág. 356.

su admisibilidad en el tribunal de origen, su viabilidad procesal por la presencia de los presupuestos extrínsecos e intrínsecos, la plausibilidad jurídica de la pretensión del derecho material en él deducida y la comprobación de urgencia de la pretensión cautelar. Precedentes. 2. Para los recursos anteriores a la aplicación del régimen de la repercusión general o para aquellos que traten de materia cuya repercusión general todavía no fue examinada, la jurisdicción cautelar de ese Supremo Tribunal solamente estará configurada con la admisión del recurso extraordinario o, en caso de juicio negativo de admisibilidad, con el proveimiento del agravio de instrumento, no siendo suficiente su simple interposición. Precedentes. 3. Compete al tribunal de origen apreciar acciones cautelares, aunque el recurso extraordinario ya tenga obtenido el primer juicio de admisibilidad, cuando el apelo extremo estuviere suspendido debido el reconocimiento de la existencia de repercusión general de la materia constitucional en él tratada. 4. Cuestión de Orden resuelta con la declaración de incompetencia de esta Suprema Corte para la acción cautelar que busca la concesión de efecto suspensivo al recurso extraordinario que espera decisión sobre la repercusión general en el juicio de origen, en virtud de reconocimiento de la existencia de la repercusión general de la cuestión constitucional en él discutida”.

En efecto, en los casos del artículo 543-B, párrafo 4^o, en que el tribunal *a quo* no siga la jurisprudencia asentada por el STF en la apreciación de la repercusión general, y, procediendo el Agravio de Instrumento, es cuando el Tribunal Supremo será competente para decidir la cuestión y la concesión de efecto cautelar suspensivo.

Hay que subrayar que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, ordinariamente, ha recusado concesión de medida cautelar pertinente

al recurso extraordinario que obtuvo, en el origen, juicio negativo de admisibilidad. Cabe, sin embargo, excepcionalmente, la suspensión cautelar de la eficacia de la decisión, objeto del recurso extraordinario no admitido, si el Agravio de Instrumento contraría decisión que se revele incompatible con la jurisprudencia dominante del STF, hipótesis que no se traduce en excepción a los Sumarios n°s 634 y 635 del Tribunal Supremo, todo en los términos del AC n° 1641– QO /2007, relator Ministro Celso de Mello.

Cuanto a las materias más frecuentes que el Supremo Tribunal Federal ha considerado la repercusión general estas se traducen sobre temas de derecho administrativo, electoral, financiero y tributario, de pensiones y beneficios, procesal y del trabajo.⁴²⁷

En los temas referentes a los derechos fundamentales fueron objeto del reconocimiento de la repercusión general y de la trascendencia constitucional cuestiones relativas a la unión estable homoafectiva (ARE n° 656.298 – RG/2012; y, RE n° 646.721-RG/2011); a la preservación del medio ambiente (RE n° 627.189 – RG/2011); a las garantías procesales criminales referentes al resguardo del derecho a la libertad personal (RE n° 607.107 – RG/2011; RE n° 640.139 – RG/2011; y, RE n° 641.320 – RG/2011); a la restricción de libertad individual por la prisión civil (RE n° 562.051 – RG/2008); y, además, a la protección al derecho a la salud (RE n° 657.718 – RG/2011; AI n° 831.223 – RG/2011; RE n° 578.081 – RG/2008; y, RE n° 573.540 – RG/2008).

⁴²⁷ Véase como más recientes este rol puramente ilustrativo ante las centenas de decisiones sobre estos temas: en derecho administrativo - RE n° 409.356-RG/2012, Relator(a): Min. LUIZ FUX; RE n° 682.934-RG/2012, Relator(a): Min. LUIZ FUX; ARE n° 646.000-RG/2012, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; en derecho electoral: ARE n° 664.575-RG/2012, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA; en derecho financiero y tributario: RE n° 614.384-RG/2012, Relator(a): Min. LUIZ FUX; ARE n° 641.243-RG/2012, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; RE n° 611.586-RG/2012, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA; en derecho de pensiones y beneficios: AI n° 610.793-AgR/2012, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; RE n° 597.726-AgR/2012, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; RE n° 607.652-AgR/2012, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO; en derecho procesal: ARE n° 648.629-RG/2012, Relator(a): Min. LUIZ FUX; AI n° 664.992-ED/2012, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; en derecho del trabajo: RE n° 606.003-RG/2012, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; ARE n° 659.039-RG/2012, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; RE n° 658.312-RG/2012, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI.

4.2.5. Los efectos del nuevo recurso extraordinario.

Tradicionalmente, como hemos destacado en el análisis inicial del control difuso de constitucionalidad, los efectos generados por el control difuso de constitucionalidad son *inter partes*. El efecto *inter partes* subsiste para la decisión de mérito de la cuestión versada en el recurso extraordinario.

Sin embargo, la doctrina defiende que la repercusión general inauguró en el sistema de control difuso la atribución de eficacia *erga omnes*; por lo tanto la repercusión general en el recurso extraordinario sería un *tertium genus* situado entre el control difuso (incidental e *inter partes* – subjetivo) y el control concentrado (con efecto vinculante y eficacia *erga omnes* – objetivo) proporcionando la alteración del modelaje constitucional del control difuso.⁴²⁸

Defensor de esta doctrina el Ministro Gilmar Mendes adujo la superación del subjetivismo en el recurso extraordinario por ocasión del juzgamiento de la Medida Cautelar en el Recurso extraordinario nº 376.852/SC destacando que:

“Este nuevo modelo legal traduce, sin duda, un avance en la concepción vetusta que caracteriza el recurso extraordinario. Este instrumento deja de tener carácter marcadamente subjetivo o de defensa del interés de las partes, para asumir, de forma decisiva, la función de defensa del orden constitucional objetiva. Se trata de orientación que los modernos sistemas de Cortes Constitucionales vienen confiriendo al recurso de amparo y al recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*)”.

En el Recurso extraordinario nº 560.626, de relatoría del mismo Ministro, la decisión hizo suponer la inclusión de elementos típicos del control concentrado de constitucionalidad permitiendo la modulación de los efectos de

⁴²⁸ SCHWARZ VIANA, ULISSES. “*Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*”. Editora Saraiva. Instituto Brasileiro de Direito Público. São Paulo. 2011, 2ª Edição. Ob. Cit. Págs. 61-66.

la decisión para motivar que la inconstitucionalidad no produciría efectos sobre los contribuyentes que tuvieran pago contribuciones sociales sin cuestionar, administrativamente o jurisdiccionalmente, los plazos de decadencia y prescripción.

Además, se puede notar que la jurisprudencia del STF asentada en las reflexiones acerca de la repercusión general tienen se objetivado por medio de la creación de sumarios vinculantes que facilitan la vinculación formal de su jurisprudencia y la obligatoriedad de observancia de sus juzgados por los juicos *a quo*, sin posibilidad de disenso acerca de aquellas decisiones, determinando la incidencia de la vinculación formal a sus decisiones, efecto este característico del control concentrado de constitucionalidad.

En este sentido se destacan: el Recurso extraordinario nº 565.714, de relatoría de la Ministra Cármen Lúcia, que culminó en el Sumario Vinculante nº 04; el precedente del Recurso Extraordinario nº 567.801, relator Ministro Carlos Alberto Direito, que originó el Sumario Vinculante nº 12; y, el Recurso Extraordinario nº 579.951, relator Ministro Ricardo Lewandowski, que dio origen al Sumario Vinculante nº 13.

Cabe subrayar que de acuerdo con el Sumario Vinculante nº 04 es posible que los tribunales de origen nieguen seguimiento a los recursos contra decisiones que apliquen precepto asentado en sumarios vinculantes. Esta práctica pretende optimizar el proceso configurándolos como sumarios impositivos de recursos.

HENRIQUE MOUTA defiende que la objetivación adoptada en el recurso extraordinario se dirige a una total “verticalización” de las decisiones del Supremo Tribunal Federal que amplíe el carácter vinculante de las decisiones plenarias, alcanzando inclusive las Reclamaciones constitucionales para extender efectos *erga omnes*, apoyándose en la controvertida posición jurisprudencial del Ministro Gilmar Mendes en la Reclamación nº 4335-5/AC.⁴²⁹

El conjunto de modificaciones normativas y el reforzamiento del carácter objetivo de la jurisdicción constitucional, en el ámbito de la

⁴²⁹ MOUTA ARAÚJO, JOSÉ HENRIQUE. “*Verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária*”. Disponible en: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_henrique_mouta_araujo.pdf
Acceso en: 20 de marzo de 2013.

competencia del STF, por la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo, deben ser tenidos en cuenta con las debidas precauciones.

La acreditada doctrina, en el análisis de la decisión del STF en la Reclamación nº 4335-5/AC, de 19.04.2007, relator Ministro Gilmar Mendes, criticó la tendencia del Tribunal Supremo en argumentar que la superación del dogma de la separación de poderes posibilita una especie de “mutación constitucional” que autoriza equiparar los efectos del control difuso de inconstitucionalidad a los efectos del control concentrado, dotado de eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, entendiéndose no haber la necesidad de cambios normativos para permitir extender la eficacia *erga omnes* a las decisiones del control difuso, y por lo tanto, se podría cambiar los efectos originariamente concebidos en el control difuso, de limitación *inter partes*, por simple decisión judicial en una Reclamación, por ejemplo, aunque no haya cualquier norma constitucional que admita este procedimiento.⁴³⁰

STRECK, CATTONI y MONT`ALVERNE critican este entendimiento informando que la teoría de la “mutación constitucional”, formulada por primera vez en fines del siglo XIX e inicio del siglo XX, por autores como Laband y Jellinek, objetiva adecuar la Constitución a los cambios fácticos que a la época podría traducirse inmodificable por el dogma del normativismo jurídico kelseniano, pero la dicha “mutación constitucional” no está al servicio de contrariar preceptos normativos constitucionales, y, en el caso de la Reclamación nº 4335-5/AC, contrariar la propia Constitución, en el artículo 52, X.

Con acertada razón los autores realizan fuertes críticas a la búsqueda incondicional del Supremo Tribunal Federal por objetivar el derecho constitucional considerando que *“en Brasil cada uno interpreta como quiera, decide como quiera, con lo que a cada día crecen tesis instrumentalistas del proceso. (...) La solución ha sido esta: limite el acceso a la justicia. Con el pretexto de celeridad procesal se crean mecanismos para impedir el*

⁴³⁰ STRECK, LÊNIO LUIZ; CATTONI DE OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE; MONT`ALVERNE BARRETO LIMA, MARTONIO. “A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional”. Disponible en: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acceso en: 20 de marzo de 2013.

procesamiento de los recursos. Y quien pierde con esto es la ciudadanía que ve negada la jurisdicción".⁴³¹

La objetivación del recurso extraordinario, como siendo el intento de disminuir la carga de trabajo del Supremo Tribunal Federal no autoriza este mismo Tribunal a contrariar la Constitución y cambiar los efectos del control de constitucionalidad difuso de modo a que el STF deje de apreciar casos concretos, típicos de esta modalidad de control, valiéndose de la Reclamación Constitucional para conceder eficacia *erga omnes* a sus decisiones, tanto por carecer de fundamento constitucional para ello, como porque la misma Constitución determina que el modo de uniformizar jurisprudencia en el control difuso de constitucionalidad es por medio de la creación de sumarios vinculantes, conforme procedimiento constitucional establecido. La decisión no sólo ofende el artículo 52, X, de la Constitución, que ya fue adecuado por la dicha "mutación constitucional" para extensión de efectos con eficacia *erga omnes* por los sumarios vinculantes, como desconsidera el procedimiento de aprobación de los mismos sumarios para lograr esta ampliación de los efectos, lo que resultaría en decisión absolutamente inconstitucional proferida por la Corte Suprema, desacreditando la legitimidad de su jurisdicción como guardia de la Constitución.

Es que el art. 52, X, de la CF/88, determina que es competencia privativa del Senado Federal suspender la eficacia, total o parcial, de ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal en decisión definitiva de mérito. Sin embargo, el artículo 103-A, de la CF/88, matizó esta competencia adecuando la Constitución a la relectura del dogma de separación de poderes, para que se dejara de hablar de absoluta separación y se pudiera hablar de cooperación entre los poderes, permitiendo que el STF conceda eficacia *erga omnes* a las decisiones de inconstitucionalidad surgidas en el control difuso, desde que se apruebe sumario vinculante por dos tercios de sus ministros vinculando a los demás órganos del poder judicial y, además, vinculando la administración pública a obedecer la decisión.

A pesar de esta expresa determinación constitucional la motivación del Tribunal Supremo, en la Reclamación nº 4335-5/AC, intenta inaugurar una

⁴³¹ *Ibíd.* Pág. 29.

total flexibilización de la objetivación procesal, lo que entendemos que carece de total legitimidad constitucional.

En que pesen las incursiones de sectores de la doctrina y de la jurisprudencia por una total objetivación de todos los recursos y acciones referentes al control difuso de constitucionalidad en Brasil, ultrapasando lo determinado por la Constitución, hay que destacar que si el objetivo a ser alcanzado es descargar de trabajo al STF el tema que se debe poner de manifiesto es descentralizar la toma de decisiones judiciales permitiendo que los jueces y tribunales ordinarios sean los primeros y principales garantes de la Constitución.

Todo el tema pasa por la readecuación de los efectos del control difuso de inconstitucionalidad al nuevo orden constitucional inaugurado con la Enmienda nº 45/2004.

Sin embargo, no se puede dejar de tener en cuenta que tradicionalmente en el control difuso los efectos derivados de la decisión de inconstitucionalidad serían restringidos a las partes. La suspensión de la ejecución de leyes juzgadas inconstitucionales serían de competencia del Senado Federal tras decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal; esto es, la suspensión de la ejecución de la ley inconstitucional en el control difuso dependería de la actuación del Senado Federal sin la cual la ley inconstitucional seguiría produciendo efectos en los demás casos concretos que no fueron afectados por la decisión.

Es cierto, que la división entre los poderes enunciada por MONTESQUIEU revela con cuidadoso estudio que más allá de la separación de poderes se pretende una interacción entre ellos que proporcione la descentralización de las funciones estatales trayendo el equilibrio que evitaría la concentración de poderes y la consecuente arbitrariedad.⁴³²

Sin embargo, en el ordenamiento brasileño subsiste la antigua idea de separación absoluta entre los poderes en el artículo 52, X, de la Constitución Federal previendo la necesidad de actuación del Poder Legislativo para retirar de eficacia de la ley, lo que se presenta en situación de

⁴³² WEFFORT, FRANCISCO C. (Org.). *“Os clássicos da política”*. Editora Ática. São Paulo. 1991, v. 1. Textos de Montesquieu. Ob. Cit.

contradicción con el restante texto constitucional que reconoce al Supremo Tribunal Federal su tarea de legislador negativo.

En crítica a dicha previsión constitucional ZENO VELOSO afirma que es necesaria una reforma que establezca eficacia *erga omnes* y efecto vinculante para el control difuso, tal como ocurre en el control concentrado, ya que la Constitución de 1934, que confirió la respectiva competencia del Senado se basara en criterios rígidos de separación de los poderes que hoy vemos superados.⁴³³

GILMAR MENDES, desde el mismo punto de vista, indaga: *¿si el Supremo Tribunal Federal puede suspender la eficacia de una ley por medio del control concentrado, por qué la declaración de inconstitucionalidad en el control difuso tendría que mantener efectos entre las partes aguardando la suspensión por el Senado?*⁴³⁴

No hay plazo legal que reglamente el período en que el Senado debe manifestarse sobre determinada norma que fue declarada inconstitucional en el control difuso. La consecuencia es la continuidad en la aplicación de la ley declarada inconstitucional a los casos semejantes, pues sin la suspensión por el Senado Federal, la norma continúa produciendo efectos en los otros casos en los que no fue suscitada la inconstitucionalidad.

Matizando este problema la Enmienda Constitucional nº 45, incluyó el art. 103-A en la Constitución Federal con lo cual todos los mecanismos jurisdiccionales de integración entre los controles concentrado y difuso son: el efecto vinculante, en el control concentrado; y, los sumarios vinculantes, en el control difuso; de las decisiones del Supremo Tribunal Federal.⁴³⁵

Las dificultades para obtener mecanismos de articulación entre los controles de constitucionalidad difuso y concentrado derivan justamente de la dificultad de asociar la vinculación del derecho por la actividad jurisprudencial, tradición del *common law*, con la supremacía de la ley consagrada por el

⁴³³ VELOSO, ZENO. *“Controle jurisdicional de constitucionalidade”*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000. Ob. Cit. Pág. 56.

⁴³⁴ MENDES, GILMAR FERREIRA. *“Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade”*. Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo. 1999. Pág. 394.

⁴³⁵ ARRUDA, PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Pág. 69.

sistema del *civil law*. Se presenta un problema: fijar paradigmas por medio de la uniformización jurisprudencial sería dotarla de fuerza de ley, alejando el adecuado análisis a los futuros casos semejantes. La aproximación de los dos modelos evidenció tanto la necesidad de desarrollo de instrumentos de integración jurídica, típicos de las sentencias interpretativas adoptadas en el control concentrado, como la importancia de la construcción de argumentos coherentemente pautados por las razones y por los fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad levantada en el curso de las controversias judiciales iniciadas en el control difuso.⁴³⁶

Se debe considerar aún que la relación entre los sistemas de control de constitucionalidad solo demostrará mayor articulación, en la medida en que sea respetada la autoridad de las decisiones de la Corte Constitucional y, al mismo tiempo, que sea hecha una relectura de los moldes de vinculación de la jurisdicción infra-constitucional a las decisiones del STF, para implantar mecanismos que ofrezcan eficacia *erga omnes* a las decisiones definitivas de inconstitucionalidad emitidas por la Corte Suprema, en el control difuso, a partir del diálogo compartido entre las dos esferas judiciales.

Conceder eficacia *erga omnes* a las declaraciones de inconstitucionalidad dimanadas del control difuso proporcionará más activamente una “*vía de doble sentido*”, en el sentido de propugnar los efectos de inconstitucionalidad tanto del control concentrado al control difuso (del *vértice a la base*), como de la fiscalización difusa a la concentrada (de la *base al vértice*).

En un primer momento, el análisis de una “*vía de mano doble*” en la producción de los efectos de constitucionalidad parecería innecesario, pues los dos modelos de evaluación de la inconstitucionalidad conviven en el sistema brasileño desde 1965; sin embargo, lo que se verifica hoy en la práctica es la conformación de todo el sistema difuso de inconstitucionalidad con una “*única vía*”: la que atribuye eficiencia *erga omnes* y efecto vinculante a las declaraciones de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal en el control concentrado, además de los sumarios vinculantes que obligan al control difuso y que convive con la repercusión general y la trascendencia constitucional.

⁴³⁶ *Ibíd.* Pág. 111.

En el caso de que la Corte Suprema tenga en cuenta las decisiones *a quo*, que fundamentaron el control difuso de inconstitucionalidad, se concederá a las decisiones del Supremo Tribunal Federal mayor grado de coherencia con la realidad social, debido a que se fundamenta en el análisis concreto del caso.

La articulación entre los modelos concentrado y difuso de control de constitucionalidad presupone el respeto a las decisiones del Supremo Tribunal Federal y el diálogo entre las razones y fundamentos extraídos a partir del análisis del caso concreto.

ANTONIO MAUÉS asevera que buscar la uniformización de la jurisprudencia constitucional por los medios de la coacción, y no del consenso, refleje la existencia de problemas de legitimidad de la Justicia constitucional, particularmente en lo que se refiere al papel del propio Supremo Tribunal Federal. Argumenta que la Justicia constitucional solamente se volvió posible cuando la soberanía del legislador dio lugar a la supremacía de la Constitución: se aleja el predominio de la voluntad política de la mayoría gobernante de cada momento, para ceder espacio a la voluntad de la mayoría constituyente en la Carta Magna. Resalta el autor que ante las *“incertidumbres que guían las intenciones del legislador constituyente, la idea de que la Justicia Constitucional debe proteger la voluntad constituyente de la voluntad de la mayoría parece insuficiente para legitimarla”*.⁴³⁷

La actuación de la Justicia constitucional en la aplicación directa de las normas constitucionales le concede, además de la función de defensa de la Constitución, la función creadora, ofreciendo criterios generales y guías de actuación a los poderes públicos.

Por esto, ANTÔNIO MAUÉS afirma: *“Ese papel creador de la jurisprudencia constitucional acentúa los problemas generados por el carácter controvertido de las disposiciones constitucionales. Así, las decisiones del Tribunal Constitucional pueden ser criticadas por haber sustituido el juicio del legislador por su propio juicio político, crítica que se vuelve más grave cuando el tribunal impide la implantación de propuestas que cuentan con la aprobación*

⁴³⁷ MAUÉS, ANTONIO. *“Estudos de direito constitucional”*. Editora Jus Podium. Salvador. 2003. Pág. 27.

*popular. Tal reacción solo puede ser contenida cuando la Justicia Constitucional cuenta con una amplia adhesión de la opinión pública, que impida que la discordancia con determinadas decisiones avale la legitimidad del órgano”.*⁴³⁸

En este sentido, la imposición del entendimiento de la Corte Suprema puede potenciar la exclusión de minorías, en la medida en que la composición del Tribunal Constitucional refleja la correspondencia a los intereses de la mayoría dominante, conforme indicación política.

Respecto a Brasil, el Supremo Tribunal Federal se compone de once Ministros que serán nombrados por el Presidente de la República, después de haber sido aprobada la elección por mayoría absoluta del Senado Federal. El mandato es vitalicio, de acuerdo con la garantía dispuesta en el artículo 95, inciso I, de la Constitución Federal en vigor⁴³⁹.

ANTONIO MAUÉS argumenta que, con la aproximación en las relaciones entre legislativo y ejecutivo, este último, disponiendo de mayoría parlamentaria, pasó a determinar el contenido de las leyes, lo que disminuyó la posibilidad de control de sus actos por el poder legislativo.⁴⁴⁰

En este contexto, observamos que la indicación de los Ministros del Supremo Tribunal Federal brasileño por el Presidente de la República y la respectiva aprobación por el legislativo, pueden volverse problemáticas si la jurisdicción constitucional, en vez de representar el interés del poder constituyente, se inclina hacia la voluntad de la mayoría política de determinado período.

Así, otorgar obligatoriedad vinculante a las decisiones del Supremo Tribunal Federal por vía de la coacción, no parece coincidir con la legitimidad de la jurisdicción constitucional. Este inconveniente se demuestra por las centenas de reclamaciones contra las decisiones de los jueces y demás

⁴³⁸ *Ibíd.* Pág. 29.

⁴³⁹ “Art. 95. Los jueces gozan de las siguientes garantías: I – carácter vitalicio, que, en el primer grado, solo será adquirida después de dos años de ejercicio, dependiendo la pérdida del cargo, en ese periodo, de deliberación del tribunal a que el juez esté vinculado, y, en los demás casos, de sentencia judicial transitada en juzgado”.

⁴⁴⁰ MAUÉS, ANTONIO. “*Estudos de direito constitucional*”. Editora Jus Podium. Salvador. 2003. Ob. Cit. Pág. 27.

tribunales discrepantes de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. De esto modo, la legitimidad de la Justicia constitucional se obtendrá en la medida en que coincida, en mayor grado, con la voluntad constituyente en la Ley Fundamental.

Defendemos que la legitimidad de la jurisdicción constitucional está en la actuación por medio del diálogo para construcción de los fundamentos determinantes de la inconstitucionalidad, interaccionando en una “*vía de doble sentido*” entre el control concentrado y el control difuso, para alcanzar la coherencia entre los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes.⁴⁴¹

⁴⁴¹ En una reflexión necesaria, aunque sin pretensión de profundizar el tema sobre la argumentación jurídica sería interesante la siguiente indagación a partir de las críticas a la ausencia del diálogo judicial entre el control concentrado y difuso en Brasil: ¿El efecto vinculante constituye impedimento para la legitimidad de la jurisdicción constitucional? Esta indagación se centra en la contemporánea configuración de las Constituciones occidentales como sistemas principiológicos generados a partir del cambio que propuso la llamada postmodernidad a los paradigmas del derecho normativista kelseniano que va a suponer la actuación de la magistratura deducida de su capacidad de neutralidad para prolatar decisiones que estén desprovistas de valoraciones personales de los jueces. En este contexto el diálogo democrático entre las instancias judiciales parece ser un imperativo para que se conceda legitimidad a las mismas a partir de la definición de los principios constitucionales de modo compartido y sin total incidencia de juicios personales. Destacaremos referencialmente en el análisis las concepciones de JÜRGEN HABERMAS y de ROBERT ALEXY sobre la argumentación jurídica que ha sido utilizada como parámetro del discurso judicial delante de los sistemas constitucionales principiológicos en busca de requisitos dichos procedimentales y/o sustanciales para la concreción del contenido de los principios y en consecuencia de la interpretación que deba ser seguida por los tribunales. En el modelo procedimental propuesto por JÜRGEN HABERMAS, los procesos de interpretación y aplicación del Derecho deberán considerar la validez de las normas y su adecuación a un caso específico, a partir de una lectura moral de la Constitución. Según el autor, los discursos se dirigen para la autoselección de los cuestionamientos en la adecuación de la norma al caso concreto: “*A medida que en la articulación y ponderación de políticas sea relevante la elección de recursos y estrategias racional-finalistas (con base en informaciones empíricas), es preciso encontrar los ajustes adecuados al procedimiento (y es en los discursos morales donde cabe decidir sobre la adecuación y honestidad de los procedimientos). No obstante, si, en vez de haber poca claridad en relación a las preferencias, realmente ocurre que ellas sean controvertidas, entonces cabe a los interesados, en discursos éticos, llegar a acuerdos mutuos sobre su forma de vida e identidad colectiva, para que ello garantice para sí mismos orientaciones comunes de valor. Si en vez de conflictos de interés carentes de ajustes hay conflictos de valor sin solución,*

Durante este análisis, enfatizamos la necesidad de diálogo entre las dos formas de control de constitucionalidad. En este sentido no entendemos que sea adecuado el uso del efecto vinculante y de los sumarios vinculantes de modo estricto y absoluto, que, entre los varios aspectos destacados, impone

las partes precisan abandonar el plano en que se encuentran para alcanzar posiciones únicas, bajo un punto de vista moral acerca de las reglas de convivencia; y aunque ese punto de vista moral sea más abstracto, se habrá supuesto en común y atenderá equitativamente los intereses de todos". Para HABERMAS, los discursos de justificación jurídico-normativa se refieren a la validez de las normas, y se desarrollan a partir de razones y formas de argumentación morales, éticas y pragmáticas. A su vez, los discursos de aplicación deben demostrar la adecuación apropiada de la norma al caso concreto, pero la tarea de adecuación no corresponde únicamente al juez, de forma monológica, presuponiendo una comprensión compartida con todos los ciudadanos. En este sentido, el discurso argumentativo propuesto por HABERMAS asume una dimensión dialógica, siendo imprescindible la adecuación de la norma a los casos específicos, a partir de lo compartido en los puntos de vista morales de los individuos, extraídos de la articulación entre norma y caso concreto. Por su parte, ROBERT ALEXY, en una línea doctrinaria diversa, buscando garantizar la racionalidad de la argumentación y de los resultados de ella derivados, apunta diferencias estructurales entre reglas y principios, definiendo las reglas como mandatos definitivos y los principios como mandatos de optimización. Estos últimos serán aplicados de forma consonante con el contexto de hecho, conforme enuncia el autor: *"ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y de hecho"*. La aplicación de los principios derivará de la necesidad de ponderación. Uno de los criterios diferenciales entre reglas y principios es el hecho de que la colisión entre dos principios no lleva a la exclusión del principio que demostró menor medida en el caso concreto. También en ROBERT ALEXY subsiste de forma crucial la necesidad de verificación del caso concreto para el mandato de ponderación, que define como un subprincipio de la proporcionalidad. Concluimos por lo tanto que la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales en las Constituciones principiológicas requiere el diálogo entre los intérpretes productores de la jurisprudencia, lo que resulta evidente que en el caso del Brasil se hace necesaria la democratización del diálogo judicial articulándose la concreción del contenido de los valores-principios entre el control concentrado y difuso de constitucionalidad. (Ver en: HABERMAS, JURGEN. *"Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy"*. Cambridge, Mass.: MIT Press. 1996. Págs. 197-200; ⁴⁴¹ HABERMAS, JURGEN. *"A inclusão do outro: estudos de teoria política"*. Edições Loyola. São Paulo. 2002. Págs. 217-221; 359. Y, ALEXY, ROBERT. *"Teoría de los derechos fundamentales"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Pág. 86-90).

una “*vía de mano única*”, conformando todo el sistema de constitucionalidad difuso con la imposición de las decisiones proferidas en el control concentrado.

Entendemos que el efecto vinculante constituye óbice a la argumentación jurídica, pues dificulta la interacción entre la aplicación de la norma y el análisis concreto del caso que definirá cual es la posibilidad más acertada en la decisión jurisdiccional.

En efecto, admitir que el efecto vinculante impone el entendimiento jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal, dispensando el diálogo entre los controles de constitucionalidad concentrado y difuso, significa admitir que la actuación del control de constitucionalidad queda comprometida, por el alejamiento de la interacción entre aplicación de la norma y análisis del caso concreto, que identificará los conflictos reales que tuvieron que ser dirimidos. La ausencia de diálogo entre los controles de constitucionalidad concentrado y difuso representa la actuación autoritaria del Supremo Tribunal Federal atribuyendo ilegitimidad de la jurisdicción constitucional en el paradigma post-positivista.

LÓPEZ GUERRA, reflexionando sobre los límites de la capacidad normativa del derecho escrito y considerando la posibilidad de varias soluciones justas derivadas de su aplicación, analizó el contenido de la vinculación innata a las decisiones que integran y aplican el Derecho. Resaltó que el principio de la generalidad del Derecho no puede ser satisfecho solo por la existencia de una ley general, sino que exige también la generalidad en su interpretación y en la forma de la aplicación de los jueces; es decir, este principio exige que los criterios inspiradores de la creación judicial del Derecho en el caso concreto se universalicen para todos los casos similares.⁴⁴²

Pero, ¿en qué consiste la fuerza vinculante de la jurisprudencia? Respondiendo a la pregunta, LÓPEZ GUERRA indica tres hipótesis posibles. En un extremo, se encuentra una vinculación meramente intelectual, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las decisiones del Tribunal Supremo; en el extremo opuesto, se presenta una vinculación formal rigurosa, similar al

⁴⁴² LÓPEZ GUERRA, LUIS. “*La fuerza vinculante de la jurisprudencia*”. Actualidad jurídica Aranzadi. Madrid. Año X, n.º 442. 2000. Pág. 01.

existente respeto de la ley; en una posición intermedia, se verifica una vinculación disuasoria, en el sentido de que no seguir la doctrina jurisprudencial puede acarrear la revocación de las sentencias contrarias. La primera hipótesis se demuestra insuficiente por no existir mecanismo de exigibilidad, manteniéndose en el plano estrictamente intelectual. La segunda hipótesis equipara la jurisprudencia a la fuerza vinculante de la ley, alejando la garantía de independencia del juez y resultando en el instituto penal de la prevaricación, debido al distanciamiento consciente del juez, vinculado a la jurisprudencia. La tercera hipótesis corresponde a la solución tradicionalmente seguida en los ordenamientos jurídicos actuales, situándose como un compromiso razonable entre los extremos opuestos.⁴⁴³

Expusimos anteriormente que las decisiones con suficiente fundamentación traerán la coherencia que posibilitará la adecuada uniformización jurisprudencial, presentando elementos concretos de averiguación. Esto no significa ignorar el carácter débil de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, recogida en la primera hipótesis mencionada, pues no situamos la uniformización jurisprudencial en el plano intelectual. En verdad, se tiene por objetivo alejar la coacción y alcanzar el diálogo entre los sistemas de control de constitucionalidad concentrado y difuso para que el análisis del caso concreto demuestre los elementos de exigibilidad, como se destaca en la tercera hipótesis.

El control concentrado, al dictar orientación jurisprudencial al control difuso, suficientemente fundamentada en las relaciones jurídico-sociales, alcanzará una coherencia más adecuada para la uniformización jurisprudencial. Significaría el diálogo continuo, encerrando un círculo coincidente con el discurso argumentativo.

En contraposición a esta concepción, observamos que el Derecho brasileño contempla centenas de Reclamaciones contra decisiones emitidas por el Supremo Tribunal Federal en el control concentrado de constitucionalidad. En este aspecto, tememos que el ordenamiento jurídico brasileño siga en la práctica de conceder a la fuerza vinculante de la jurisprudencia la naturaleza de vinculación formal rigurosa. Creemos que la

⁴⁴³ *Ibíd.* Págs. 03-04.

vinculación de la jurisprudencia, según los ordenamientos jurídicos actuales consiste en la posibilidad de exigibilidad, y no en la coacción de entendimiento por autoridad jerárquicamente superior. La diferencia es crucial, en la medida en que la exigibilidad aparece de la necesidad de uniformización jurisprudencial a partir de decisiones fundamentadas en las relaciones de hecho, que comporten la posibilidad de volverse reglas de conducta; mientras que la coacción asume el contenido de un entendimiento autoritario que demuestra discrepancia con la realidad social.⁴⁴⁴

Convivimos en Brasil con índices alarmantes de Reclamaciones que potencian la divergencia jurisprudencial entre el control concentrado y el difuso. Al final subsiste la imposición. A partir de este análisis, entendemos que están presentes los fundamentos de exigibilidad cuando hay solicitud de un comportamiento coherente con la realidad jurídico-social, demostrada delante de un consenso razonable de los destinatarios. En otra línea, situamos la coacción, que potencializa la opinión de un grupo dominante e impone el acatamiento de la decisión a todos los destinatarios. Hechas estas consideraciones, entendemos que en el control de constitucionalidad, en el cual se combinan los modelos difuso y concentrado, la uniformización de la jurisprudencia no debe fundamentarse en la imposición de decisiones de los tribunales constitucionales, sino al contrario, debe mostrarse conforme a la realidad concreta, que legitima su actuación, expresando un grado razonable de aceptabilidad.

La combinación adecuada entre los controles concentrado y difuso dependerá de la articulación entre ellos, que permitirá compartir de argumentos para la declaración de inconstitucionalidad, lo que representará mayor coherencia con las relaciones jurídico-sociales, susceptibles de legítima exigibilidad.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ ARRUDA, PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Júris. 2006. Ob. Cit. Págs. 105-106.

⁴⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 107.

CAPÍTULO V – LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA COMO INSTITUCIÓN GARANTIZADORA DE DERECHOS

5.1. HACIA EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.

El constitucionalismo en España se desarrolla en los últimos siglos con una gran inestabilidad y, aunque no sean las únicas causas de distorsión, los conflictos entre la Monarquía y el regionalismo marcaron notablemente este proceso de configuración de un régimen constitucional. DE ESTEBAN adujo que las dicotomías entre *Monarquía tradicional versus Monarquía nacional* (o nacionalizada), complicada con la República o la Dictadura, y en este caso, el *centralismo versus regionalismo*, van a explicar sobremanera el sentido del movimiento pendular en España.⁴⁴⁶

Nos competirá analizar cómo se va construyendo la concepción constitucional en España relacionando los principales marcos político-jurídicos que acompañaron este proceso.

Las distintas Constituciones han tratado de entender la Monarquía bien como una institución al servicio de la nación, que sería la Monarquía nacionalizada, bien como una institución de la que dependía la nación, considerada ésta como conjunto de súbditos pasivos representando, en este caso, la Monarquía tradicional. Significaría decir que las Constituciones de 1812, 1837 y 1869 de acuerdo con la concepción de la Monarquía nacional tenían su mantenimiento justificado en la soberanía depositada en la nación, reconociendo la división de poderes, y ciertos derechos y libertades que impusiesen límites al poder. En cambio, las Constituciones de 1834, de 1845, de 1876 y las Leyes Fundamentales del franquismo se basaban en la tradición histórica de que el Rey era el centro del poder del Estado, no habiendo división de poderes ni tampoco derechos restrictivos del poder.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ DE ESTEBAN, JORGE. *“Las Constituciones de España”*. Editorial Taurus. 1983. Madrid. Pág. 11.

⁴⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 12.

DE ESTEBAN subraya dos factores importantes para comprender las razones de por qué no se impuso una de las dos concepciones de Monarquía: el primer factor consiste en la ausencia de una revolución burguesa en España, pues el retraso industrial originó la ausencia de una fuerte clase burguesa y la concreción de sus valores impidiendo la consolidación de un régimen democrático-liberal; el segundo factor se relacionaba con el poder de la Iglesia católica en España que descansaba en la unión “Rey-Iglesia-Estado” vigente durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX. Además, la idea jacobina francesa prendió en los constituyentes de 1812 criterios de unificación territorial y administrativa basados en la existencia de una ley única ignorando el régimen foral que subsistió en el Antiguo Régimen. Las Constituciones de este período ignorarían el hecho regional y conducirían a las guerras carlistas motivadas por el reconocimiento de las peculiaridades regionales.⁴⁴⁸

TOMÁS Y VALIENTE contesta a la idea pendular del desarrollo del constitucionalismo español aduciendo que tras el Estatuto Real la restauración de la Constitución de 1812 tuvo escasa duración y fue más aparente que efectiva, pues en el mismo Decreto de la Reina Gobernadora se mandaba publicar la Constitución de Cádiz y ya se anunciaba su sustitución conforme a las necesidades de la nación; de manera que, con el motín de la Granja no se produjo un movimiento pendular, sino un paso hacia el texto de 1837. Sostiene que enseguida no advino un texto contrapuesto, sino el texto de 1845 que actuó acentuando radicalmente el doctrinarismo de la precedente Constitución, suponiendo que no hubo movimientos bruscos y pendulares, pues se presentó una línea constitucional doctrinaria y continua, aunque recogida en dosis variables en los textos vigentes.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Ibíd. Pág. 15. Sin embargo, tras la muerte de Isabel II que mantenía su concepción centralista borbónica, la dinastía de Amadeo de Saboya tampoco consiguió resolver el pleito regional, pues la muerte del general Prim supuso su renuncia y la proclamación de la I República caracterizada por el estallido regional. Fracasado el primer intento de resolver constitucionalmente el problema regional, la Constitución de 1876 proveniente de la restauración de Cánovas del Castillo, vuelve a ignorarlo.

⁴⁴⁹ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *“Códigos y Constituciones (1808-1978)”*. Alianza Editorial. Madrid. 1989. Pág. 136.

Sin embargo, realizando un análisis político-jurídico del movimiento constitucional en España, observaremos un constante conflicto entre los ideales monárquicos y republicanos que podríamos relacionar con elementos conservadores, moderados y liberales conforme analizaremos en el desarrollo de este apartado.

Además, hay que considerar el enorme poder de la Iglesia y de la religión católica que va a influenciar todo el proceso de intento para estabilizar las instituciones políticas monárquicas apoyando la idea de Monarquía tradicional.⁴⁵⁰

En el análisis del objeto del estudio constitucional TOMÁS Y VALIENTE defiende la concepción de que la Carta de Bayona de 1808, el Estatuto Real de 1834 y las Leyes Fundamentales del franquismo no se revisten del contenido mínimo que deben contener las Constituciones normativas (organización del Estado y garantía de derechos), lo que las configurarían como Constituciones semánticas sin valor para el análisis del desarrollo del constitucionalismo en España.⁴⁵¹

En efecto, especialmente en lo referente al Estatuto Real de 1834 y las Leyes Fundamentales Franquistas los incluiremos en nuestro análisis considerando que a pesar de la divergencia sobre su carácter constitucional, son documentos jurídico-políticos importantes para la formación del constitucionalismo en España. A continuación nos incumbirá verificar el desarrollo coyuntural del movimiento constitucional.

La Constitución de 1812 será el fruto del combate a las tropas de Napoleón que tiene dos direcciones distintas: por un lado, la nobleza y el clero buscan la vuelta del absolutismo bajo la Monarquía de Fernando VII; en cambio, los sectores liberales ven en la guerra la posibilidad de reformas legales; y el pueblo, que apoya las reformas concretas pero desea la vuelta del Rey y el restablecimiento de la religión. Las Cortes de Cádiz se reúnen y se dividen en el sector liberal y absolutista; aprobarán el texto constitucional en 1812 como resultado de compromisos recíprocos previendo la organización

⁴⁵⁰ DE ESTEBAN, JORGE. *“Las Constituciones de España”*. Editorial Taurus. 1983. Madrid. Ob. Cit. Pág. 13.

⁴⁵¹ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *“Códigos y Constituciones (1808-1978)”*. Alianza Editorial. Madrid. 1989. Ob. Cit. Págs. 128-136.

liberal del Estado, y asegurando la religión católica. Esto culminará con una estructura del Estado correspondiente a una Monarquía limitada, basada en una estricta separación de poderes y el surgimiento de las Cortes como institución central que representa la voluntad nacional.⁴⁵²

La Constitución de 1812 es de origen popular y fue elaborada sin la participación del Rey, pero no contra él. Se caracteriza por ser extensa, regulando de manera sistemática la organización de los poderes del Estado y de manera dispersa los derechos garantizados, así como por ser una Constitución rígida cuya reforma exige trámites distintos a los de una ley ordinaria. Descansa en los principios de soberanía nacional, división de poderes, y presenta una nueva representación de la voluntad nacional por medio de las Cortes. Esta Constitución tuvo una aplicación limitada porque una gran parte del país estaba ocupada por los franceses y por el rechazo del Rey a aceptarla cuando retoma el trono.⁴⁵³

El éxito de la guerra de guerrillas, la alianza con Inglaterra y la derrota de Napoleón en Rusia, permiten a las tropas españolas expulsar a las francesas y, por el Tratado de Banlençay, Fernando VII regresa a España como Rey y realiza por el Real Decreto de 1814 el pronunciamiento de nulidad de la Constitución con la invocación al origen divino de su poder y la acusación a las Cortes de Cádiz de usurpación por haberse reunido sin respetar las normas tradicionales, despojándolo de su soberanía absoluta. Frente al absolutismo se desarrolla, entre 1820 y 1823 la alianza formada por la burguesía, las clases medias y populares con tradición liberal, y una parte del campesinado, marcando el llamado “Trienio Liberal”. La pasividad de su ejército, la actuación de la oposición liberal y el apoyo de las principales

⁴⁵² SOLÉ TURA, JORDI y AJA, ELISEO. *“Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)”*. Estudios de historia contemporánea Siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores. 1983. Madrid. Págs. 13-17.

⁴⁵³ TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN. *“Breve historia del constitucionalismo español”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1982. Págs. 12-27.

ciudades a la Constitución hacen que el Rey ceda y acepte el carácter de Monarquía Constitucional.⁴⁵⁴

TOMÁS VILLARROYA subraya que tras la instalación de este régimen los partidarios del Código gaditano contribuyeron tanto como sus adversarios a la destrucción del régimen liberal. Las Cortes adoptaron actitudes exaltadas, invadieron el dominio de otros poderes constitucionales y se convirtieron en escenario para la subversión. La descomposición interna y la intervención extranjera provocaron la caída del régimen y Fernando VII recobró la plenitud de sus poderes en 1823.⁴⁵⁵

Fernando VII falleció el día 29 de septiembre de 1833, hecho que señaló el comienzo declarado de las primeras guerras carlistas donde se enfrentarían los defensores de las ideas tradicionales agrupados en torno a Don Carlos y los partidarios de las ideas liberales reunidos en torno al trono de Isabel II. El Rey en su testamento nombraba a su viuda, María Cristina de Borbón, Gobernadora del Reino durante la minoría de edad de Isabel II, que crea un Consejo de Gobierno confirmando a Cea Bermúdez como jefe que propondrá un reformismo moderado, pero que despertó numerosa oposición. La Reina Gobernadora despide a Cea y nombra Secretario de Estado a Martínez de la Rosa que propone la elaboración del Estatuto Real de 1834.⁴⁵⁶

El Estatuto Real surge en forma de Carta otorgada que modera la Constitución progresista de 1812. Posee 50 artículos, frente a los 384 de aquella, que se dedican a perfilar un sistema seudoparlamentario formado por el Estamento de Próceres, elegidos por el Rey entre la aristocracia de sangre y de la Iglesia y altos dignatarios del Estado; y, el Estamento de Procuradores, elegido mediante sufragio censitario.⁴⁵⁷ Sin embargo, continúan las guerras carlistas y Mendizábal, que vuelve del exilio rodeado de prestigio liberal, intenta

⁴⁵⁴ SOLÉ TURA, JORDI y AJA, ELISEO. *“Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)”*. Estudios de historia contemporánea Siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores. 1983. Madrid. Ob. Cit. Págs.21-24.

⁴⁵⁵ TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN. *“Breve historia del constitucionalismo español”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1982. Ob. Cit. Pág. 29.

⁴⁵⁶ *Ibíd.* Págs. 31-33.

⁴⁵⁷ DE ESTEBAN, JORGE. *“Las Constituciones de España”*. Editorial Taurus. 1983. Madrid. Ob. Cit. Pág. 19.

acabar con la guerra, pero sus medidas no obtienen éxito y un nuevo movimiento de Juntas se levanta en todo el país. Los soldados de la fuerza real de La Granja dirigidos por los sargentos obligan a la Regente a promulgar de nuevo la Constitución de 1812. Tras las elecciones para las Cortes Constituyentes se lleva a cabo la redacción de una nueva Constitución.⁴⁵⁸

La Constitución de 1837 mantenía la declaración de soberanía nacional y de derechos ciudadanos del texto gaditano, así como la división de poderes; pero corregía el sistema institucional eliminando la segunda cámara y el cambio del sistema electoral. La declaración de derechos es más amplia y sistemática, pero limita el culto religioso a la religión católica. Debemos subrayar la apelación que hace por primera vez al poder judicial estableciendo garantías para la independencia y exclusividad de los jueces.⁴⁵⁹

Dicha Constitución era un texto de transacción doctrinal entre progresistas y conservadores remitiéndose frecuentemente a las leyes ordinarias para regular detalladamente las instituciones y derechos que proclamaba, lo que posibilitaba gobernar al partido moderado o al progresista y desarrollar la política de cada uno de ellos. En efecto, las infracciones al texto constitucional fueron graves y no revistió regularidad constitucional, pues la Corona no consigue mantenerse como instancia moderadora y además siguen motines subversivos que secuestran las prerrogativas de la Monarquía y amenazan la estabilidad de las instituciones. El levantamiento contra Espartero, que desempeñaba la función de jefe de Estado, unió a moderados y progresistas, pero los moderados a finales de 1843 comienzan a desplazar a los progresistas del poder y proponen la reforma de la Constitución⁴⁶⁰.

El objetivo de la Constitución de 1845 es conformar un régimen político en un sentido exclusivamente moderado garantizando el ejercicio del poder y el dominio político y social de la oligarquía. Desaparece la soberanía nacional dejando paso a la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes. Se

⁴⁵⁸ TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN. *“Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)”*. Estudios de historia contemporánea Siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores. 1983. Madrid. Ob. Cit. Pág. 32.

⁴⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 35.

⁴⁶⁰ TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN. *“Breve historia del constitucionalismo español”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1982. Ob. Cit. Págs. 62-65.

fortalece la religión católica definiéndola como oficial. Se recortan derechos y libertades, se restringen el sufragio y la prensa, y se propone un Senado de carácter conservador que vuelve a ser nombrado por el Rey.⁴⁶¹

La esterilidad de una regulación constitucional cambiante donde predominan los períodos reaccionarios supuso levantamientos populares que exigían una democratización real en la vida política. En este contexto, Isabel II fue obligada a abdicar del Trono y abandonar el país, iniciándose un período revolucionario revestido de un radicalismo político liberal-democrático que formará un Ministerio provisional para gobernar el país hasta la reunión de las Cortes Constituyentes que aprobarán la Constitución de 1869. Esta Constitución estará influida por la belga de 1831 y por la americana de 1787 configurándose como de origen popular, y proclamará el principio de la soberanía nacional e implícitamente la división de poderes, teniendo como rasgo más característico la atención a los derechos individuales.⁴⁶²

La Constitución se aprobó sin que hubiera un Rey, pero a instancias del general Prim se nombrará a Amadeo de Saboya como Rey de España, el cual abdicaría poco tiempo después. La I República aparecerá como la vía más adecuada para resolver el problema regional. La Asamblea lleva a término su mandato y elabora un Proyecto de Constitución en el que se define a España como República Federal. Pero comenzará un nuevo ciclo tras la disolución de las Cortes del general Pavía, con una Constitución claramente conservadora.⁴⁶³

Cánovas del Castillo es el artífice de la Restauración de la Monarquía que culminará en la Constitución de 1876 y establece un régimen que sería la expresión política del orden que la burguesía necesitaba, donde las Cortes quedan condicionadas por la limitación censitaria del derecho de voto y

⁴⁶¹ DE ESTEBAN, JORGE. *“Las Constituciones de España”*. Editorial Taurus. 1983. Madrid. Ob. Cit. Págs. 21-22.

⁴⁶² TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN. *“Breve historia del constitucionalismo Español”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1982. Ob. Cit. Pág. 97.

⁴⁶³ DE ESTEBAN, JORGE. *“Las Constituciones de España”*. Editorial Taurus. 1983. Madrid. Ob. Cit. Págs. 23-24.

moderadas por el poder del Rey y del Senado. La exclusión del proletariado de la democracia señala el sentido clasista de la Restauración.⁴⁶⁴

Se trataba de una Constitución flexible que no establecía cláusulas que dificultasen su reforma y se remitía a la legislación ordinaria para la concreción de sus mandatos. En la mentalidad pragmática de Cánovas se dejaba al equilibrio de las fuerzas de cada momento la traducción a la política práctica de los preceptos constitucionales, trasladando al legislador lo que podría haber sido obra del poder constituyente. Fue una Constitución de gran longevidad, posiblemente alcanzada por su flexibilidad, pero que, por otra parte, también fue la causa de su incapacidad para conducir el proceso de modernización política de España. La reforma del sistema político que exigían las demandas de los amplios sectores de la población por las guerras externas en África y los enfrentamientos sociales a nivel interno ocasionaron la interrupción de su vigencia.⁴⁶⁵

Sin embargo, el régimen constitucional no acabó por la actuación de los socialistas, los republicanos o los partidos nacionalistas, sino por el golpe militar del Primo de Rivera en 1923. A partir de este período quedó claro que el establecimiento de un régimen constitucional de acuerdo con los principios democráticos no podía llevarse a cabo en el marco de la Monarquía comprometida con la Dictadura que se había instaurado. Tras los intentos constitucionales plasmados en cinco proyectos de leyes fundamentales que no sobrevivieron a la caída del Dictador, le correspondió al régimen republicano la tarea de crear un marco constitucional que integrara las fuerzas políticas y sociales en favor de la democracia.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ FERNÁNDEZ DE CASTRO, IGNACIO. *“De las Cortes de Cádiz al posfranquismo. 1808-1980”*, Volumen I. Editorial El Viejo Topo. Barcelona. 1981. Pág. 119.

⁴⁶⁵ LOPEZ GUERRA, LUIS. *“El derecho constitucional español del Siglo XX: del constitucionalismo doctrinario a la Constitución normativa”*. En: *El Derecho Español en el Siglo XX*. Colección Garrigues & Andersen. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2000. Págs. 10-11.

⁴⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 12. El presidente era designado por diez años por el Parlamento y en principio sólo se exigía ser ciudadano mayor de cuarenta años y estar en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

Se iniciaba la II República con la aprobación de la Constitución de 1931 que se configuró como una Constitución rígida con un complejo procedimiento para su reforma. Se proclama en la línea del constitucionalismo progresista la soberanía de la nación reformando el sistema electoral al rebajar a veintitrés años la edad electoral y se extendió el derecho de sufragio a las mujeres. Además, se introducen por primera vez en España instituciones de democracia directa y semidirecta como el referéndum en ámbito nacional y en el nivel de las regiones autónomas. Se mostró innovadora en el trato de los problemas regionales que se centraban especialmente en las aspiraciones vascas y catalanas proporcionándoles un régimen de autogobierno, pero también admitiendo provincias bajo un gobierno centralizado.⁴⁶⁷

El Tribunal de Garantías Constitucionales adquirió un carácter controvertido ya que suponía para unos la característica de sustituto del Senado, para otros de un Consejo o más bien un árbitro de los problemas que pudieran surgir entre el Estado y las regiones. Las elecciones del Tribunal se convirtieron en auténticas elecciones políticas debido a que en la estructura constitucional de dicho Tribunal no quedaba clara su naturaleza. La verdad es que el Tribunal de Garantías Constitucionales, con una presidencia poco discreta, no supo mantener su autoridad en el orden del Derecho, ni fue respetado por los partidos. Los Tribunales de Justicia desconfiaron de tal modo del Tribunal de Garantías que la vía media de acceso a este Tribunal para consulta sólo se realizó en el caso por la Audiencia de Lérida y, aparte de ésta, sólo conoció de seis recursos de inconstitucionalidad y algunos pocos recursos de amparo.⁴⁶⁸

En contra de los ideales republicanos y regionalistas los sublevados de julio de 1936 sostuvieron un movimiento contrarrevolucionario preventivo que se adelantaría a la inspiración comunista en España. El general Franco, que se había adherido en mayo de 1934 a la Entente Internacional contra la Tercera Internacional, liquidaría la democracia para establecer una dictadura militar cuya jefatura vitalicia le estaba reservada. El tema de la represión fue

⁴⁶⁷ Ídem. Págs. 13-16.

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ AGESTA, LUIS. *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984. Págs. 494-496.

manipulado por los franquistas desde los primeros momentos de la guerra y siguió siéndolo hasta el final de su gobierno, desempeñando una política fundamental de “*paralizar al enemigo por el terror*”. El caudillo sostenía que “*los rojos*” habían asesinado en torno a quinientas mil personas consiguiendo en este contexto el apoyo que necesitaba.⁴⁶⁹

TORRES DEL MORAL traduce en cuatro etapas el régimen político Franquista:

- 1ª 1936-1942: período bélico-totalitario.
- 2ª 1942-1955: período pro-aliados, primero frustrado y luego cumplido.
- 3ª 1955-1966: desarrollo económico e institucional.
- 4ª 1967-1975: crisis del régimen.⁴⁷⁰

La Junta de Defensa Nacional fue el primer órgano de poder de los insurrectos, creada en los inicios de la guerra civil y disuelta tres meses más tarde tras estar nombrado el general Franco Bahamonde jefe del Gobierno del Estado Español y Generalísimo del Ejército, otorgándole todos los poderes del nuevo Estado lo que quedó vigente hasta su muerte. El “nuevo Estado” contaba con una estructura mínima de poder, concentrado en el general Franco Bahamonde, habiendo sido dictadas normas de diverso alcance jurídico-político cuando eran requeridas por las circunstancias. En 1 de octubre de 1936, el general Franco creó la Junta Técnica que lo auxiliaba en la dirección de la guerra y en la gobernación de la zona de ocupación. Súmese al Decreto de la Junta Nacional y a la Ley de 1 de octubre de 1936 el Decreto de Unificación, de 19 de abril de 1937, que integró todas las fuerzas políticas que apoyaban la insurrección en una sola organización: la Falange Española Tradicionalista y de las JONS que se constituyó en el único partido político, con lo cual se excluía cualquier otro partido u organización; y con lo cual Franco se nombró a sí

⁴⁶⁹ FONTANA, JOSEP. “*Naturaleza y consecuencias del franquismo*”. En: España bajo el Franquismo. Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad de Valencia. Editorial Crítica. Barcelona. 1986. Págs. 11-16.

⁴⁷⁰ TORRES DEL MORAL, ANTONIO. “*Constitucionalismo histórico español*”. Atomo Ediciones. Madrid. 1986. Pág. 212.

mismo Jefe del Movimiento, título que sería sustituido en los Estatutos de FET y de las JONS, de 1939, por el Caudillo del Movimiento. Las leyes dictadas por Franco el 30 de enero de 1938 y el 8 de agosto de 1939 reafirmaron la potestad legislativa del mismo y perfilaron un Gobierno que sustituyó la Junta Técnica.⁴⁷¹

En ese clasificado periodo bélico-totalitario se prohibieron las huelgas y los sindicatos obreros, determinando aquéllas como delitos de lesa patria e imponiendo una única organización sindical de obreros y patronos, de afiliación obligatoria, inspirada en los principios de unidad, totalidad y jerarquía cuyos dirigentes habían de ser militantes de FET y de las JONS. Los derechos y libertades fueron solapados negando la libertad de asociación política y sindical y el derecho de huelga. La Ley de Prensa, de 1938, acentuó el carácter antiliberal y totalitario del régimen controlando todos los órganos de prensa. La Ley de Responsabilidades Políticas, de 1939, pretendió juridificar una depuración política que llenó las cárceles y lanzó al exilio a lo más granado de la intelectualidad española. Asimismo la Ley de Seguridad del Estado, de 1941, supuso idéntico talante represor. Los rasgos esenciales del gobierno fueron el monismo político, la concentración de poder en el Caudillo, el fortalecimiento del aparato represivo de la disidencia política y un control absoluto de los medios de comunicación, además de la concesión a la iglesia católica de una posición privilegiada en el gobierno.⁴⁷²

Conforme reiteran DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA la vida política se organizó en torno al general Franco que tuvo un poder decisorio ilimitado traducido en un régimen de gobierno personal siguiendo el modelo nazi y fascista y que gobernó por medio de la promulgación de las llamadas Leyes Fundamentales del franquismo.⁴⁷³

TORRES DEL MORAL analiza que en el periodo “pro-aliados” en 1942 con la probable victoria de las fuerzas aliadas el Caudillo temiendo las represalias inicia una política de acercamiento a los aliados retirando la “División Azul”, al final de 1943, y volviendo a posiciones de neutralidad,

⁴⁷¹ *Ibíd.* Pág. 213-214.

⁴⁷² *Ídem.* Págs. 215-216.

⁴⁷³ DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. “*La crisis del Estado franquista*”. Editorial Labor Politeia. Barcelona. 1977. Pág. 33.

aunque haya seguido cifrando en el anticomunismo uno de sus caracteres esenciales. El Caudillo prescinde de los políticos más claramente fascistas y nombra representantes de organizaciones católicas, creando instituciones que presentaran una faz menos totalitaria del régimen, aunque mantuviera su poder absoluto. Es aprobada en 17 de julio de 1942 la Ley Constitutiva de la Cortes, dotando el régimen de un Parlamento que sin independencia sería un colaborador del Caudillo. En 1945 se aprobó el Fuero de los Españoles dándole al régimen una declaración de derechos, pero que no era directamente aplicable por los tribunales, no reconocía los derechos de huelga, asociación política, sindical ni la libertad religiosa, estando además sujeto a la suspensión política por simple decreto-ley, sin control político alguno. En el mismo período, pocos meses más tarde es dictada la Ley del Referendo Nacional que estuvo viciada por la falta de pluralismo político y de libertad de expresión. A su vez, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, votada en 1947, como contestación a las pretensiones de restauración monárquica, fueron creados el Consejo del Reino y el de Regencia. En efecto, se confirió rango de Leyes Fundamentales a las legislaciones ordenadora de Franco con el objetivo de aparentar la existencia de un régimen dotado de una Constitución.⁴⁷⁴

Entre 1956 y 1957 se notará un enfrentamiento político para el favorecimiento de un crecimiento económico sobre bases más liberales que significará el desplazamiento de miembros de la Falange a ministerios secundarios y la entrada de tecnócratas desarrollistas que determinará la ideología del régimen vuelta al *“desarrollo como panacea, el consumo como conducta, los expertos como conductores, la movilidad como resultado y el europeísmo como apelación”*. En 1958 es dictada la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento, que supuso un freno político en la relativa liberalización.⁴⁷⁵

Sin embargo, el Estado franquista viviría la gravedad de una crisis derivada de la incapacidad de encuadrar a una realidad social en un cambio acelerado, ni de resolver sus problemas económicos, educacionales, políticos o

⁴⁷⁴ TORRES DEL MORAL, ANTONIO. *“Constitucionalismo histórico español”*. Atomo Ediciones. Madrid. 1986. Ob. Cit. Págs. 216-218.

⁴⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 221.

internacionales. El Estado se revelaba incapaz para regular la economía y redistribuir la renta. Al iniciarse la auténtica revolución social y económica que supuso para España la década de los 60, el Estado se hallaba desprovisto de los medios necesarios para mantenerse a su nivel y además no tenía capacidad para integrar a los sectores sociales disidentes en razón de la regulación sindical y la política centralista.⁴⁷⁶

Es fundamentalmente a partir de la promulgación de la última Ley Fundamental, esto es, de la Ley Orgánica del Estado de 1967, cuando el problema de la sucesión del general Franco y del continuismo del sistema comienza a ser planteado por su clase dirigente. La primera providencia fue nombrar en 1969 a Juan Carlos de Borbón su sucesor cuando se cumpliesen las llamadas "*previsiones sucesorias*" establecidas por la Ley de sucesión de 1947 y ratificadas por la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Estado. En 1973 es designado el almirante Carrero Blanco como sucesor a la Presidencia del Gobierno, pero el asesinato de éste supuso el fin del continuismo. El modelo franquista quebró a causa del propio sistema como consecuencia de la ruptura económica de tipo liberalizador que el Gobierno de Franco se vio obligado a adoptar en 1959.⁴⁷⁷

Las consecuencias de esta política económica llevarán al aumento de la renta per cápita de 1959 que se duplica en términos reales en 1975 y la elevada tasa de crecimiento de la producción industrial que convierte a España en potencia económica. Este cambio económico se debió al contagio del desarrollo económico que ocurría en los países europeos occidentales y benefició al régimen franquista, tras la llegada al poder de los tecnócratas. Por una parte, los países europeos exponían claramente que España no se integraría en las organizaciones comunitarias sin proceder a un cambio democrático de sus instituciones. Por otra, los cambios internos suponían una transformación de la sociedad modificando la estructura de la población activa,

⁴⁷⁶ DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. "*La crisis del Estado franquista*". Editorial Labor Politeia. Barcelona. 1977. Ob. Cit. Págs. 43-44.

⁴⁷⁷ DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. "*El régimen constitucional español 1*". Labor Universitaria. Barcelona. 1980. Pág. 10.

ampliando la participación de la mujer, reduciendo la tasa de analfabetismo y resurgiendo las viejas reivindicaciones regionalistas.⁴⁷⁸

Tras la muerte del general Franco en 1975 siguieron las normas franquistas sucesorias, pero el Rey nombró a Adolfo Suárez como Presidente del Gobierno y le encargó gestar el futuro proceso democrático que culminó con la Constitución de 1978. La estrategia exigía el respeto a la legalidad vigente de las Leyes Fundamentales, razón por la cual se utilizó la Ley para la Reforma Política como una ley-puente. Los pasos siguientes de Adolfo Suárez fueron convocar elecciones de acuerdo con la nueva normativa electoral, legalizar los partidos políticos, conceder amplia amnistía y seguir el proceso de desmantelamiento de las instituciones heredadas del franquismo.⁴⁷⁹

ÁLVAREZ CONDE subraya que la auténtica transición va a ser protagonizada por el Gobierno Suárez y su Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977, que tuvo que superar las posturas involucionistas de las familias del régimen y el rechazo de la oposición democrática.⁴⁸⁰

La Ley para la Reforma Política tenía una doble finalidad: desbloquear el sistema cerrado que establecían las siete Leyes Fundamentales franquistas; y, devolver la soberanía al pueblo en la letra de la ley posibilitando un proceso constituyente en profundidad, tras la creación de unas Cortes Constitucionales representativas de las tendencias actuales.⁴⁸¹

La nueva Constitución española de 1978 es el resultado de un proceso dual de *reforma-ruptura* con respecto al régimen anterior. Instauro una democracia política manteniendo un carácter liberal y previendo la protección

⁴⁷⁸ Ibíd. Pág. 11.

⁴⁷⁹ Ídem. La polaridad izquierda-derecha no se tradujo en posiciones extremas y las victorias electorales se produjo para ambos los sectores, pues ambos se vieron representados parlamentariamente por dos grupos aún heterogéneos que estaban obligados a una política pragmática en el momento de redactar la nueva Constitución..

⁴⁸⁰ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de derecho constitucional. El Estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades*. Volumen I. Tecnos. 2008. Pág. 81.

⁴⁸¹ DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. *De la dictadura a la democracia. (Diario Político de un Periodo Constituyente)*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid. 1979. Pág. 297.

de los derechos fundamentales y libertades individuales. Además posibilita el desarrollo de los derechos sociales demostrando la influencia socialista.⁴⁸²

Una de las principales características del modelo español de transición a la democracia fue el equilibrio de fuerzas con la reforma moderada del régimen en que se enfrentaba a las resistencias de los franquistas y de la oposición liberal. Los diversos grupos políticos estaban definidos por sus posiciones en diferentes temas prioritarios, que se demostrarían en los conservadores como la prioridad a la forma de gobierno; en los comunistas como prioridad a los temas socioeconómicos; en los nacionalistas catalanes y vascos como prioridad a la descentralización y autonomía, etc. De este modo, el proceso constituyente se basó en la reforma del régimen autoritario entre la fracción blanda-reformista y la fracción dura-continuista de los franquistas configurándose como una reforma pactada.⁴⁸³

Se destaca en la Constitución de 1978 la creación del Tribunal Constitucional conforme a la tendencia de las Constituciones contemporáneas que establecen el control jurisdiccional de constitucionalidad como medida de garantía del orden constitucional y de la Constitución en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico.

La Constitución española, aunque símbolo real de la democracia, dejó de equiparar la igualdad en la sucesión a la Corona y tal y como aduce GÓMEZ SANCHEZ hace falta equilibrar el derecho a la igualdad en la sucesión monárquica, reformando el artículo 57.1 de la Constitución española ya que la preferencia del varón sobre la mujer en el orden sucesorio contradice los valores y principios que sostienen el ordenamiento jurídico español y de la misma Constitución.⁴⁸⁴

Será nuestro objeto de estudio analizar en los apartados que siguen como se estructura el Tribunal Constitucional y como se configura el control jurisdiccional de constitucionalidad en España.

⁴⁸² DÍAZ, ELÍAS. *“La transición a la democracia”*. Editorial Eudema. Madrid. 1987. Págs. 88-89.

⁴⁸³ COLOMER, JOSEP M. *“La transición a la democracia: el modelo español”*. Editorial Anagrama. Barcelona. 1998. Págs. 174-176.

⁴⁸⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *“La sucesión a la corona: la reforma del artículo 57.1 de la constitución española”*. Sanz y Torres Editorial. Madrid. 2006. Págs. 151-155.

5.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU IMPORTANCIA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: ESTRUCTURA Y COMPETENCIAS.

Aduce TORRES DEL MORAL que el único antecedente español de jurisdicción constitucional es el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931, aunque haya habido dos intentos fallidos con el Proyecto de Constitución Federal de 1873 y el Anteproyecto constitucional primorrriverista de 1929. El Tribunal Constitucional creado con la Constitución de 1978 es un órgano jurisdiccional y político y es el intérprete supremo de la Constitución.⁴⁸⁵

El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en los términos del artículo 159 de la Constitución Española de 1978. Se nota un triple origen: parlamentario, ejecutivo y judicial en la designación de los Ministros.

OLLERO adujo que la constitucionalización debería haber tenido en cuenta un número impar, pues la elección por un número par fue una medida desafortunada tornando la estructura y funcionamiento del órgano colegiado menos operativo, sobre todo cuando los casos de empate se solucionen con el voto de calidad del Presidente.⁴⁸⁶

Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. En efecto, serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

⁴⁸⁵ TORRES DEL MORAL, ANTONIO. *“Principios de derecho constitucional español”*. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutenses Madrid. Madrid. 1998. Págs. 772-778.

⁴⁸⁶ OLLERO, CARLOS. *“Constitución española. Trabajos parlamentarios”*. Cortes Generales. Madrid. 1980. Pág. 4761

GONZÁLEZ-TEVIJANO sugiere que sería conveniente haber establecido una edad mínima para llegar al Tribunal, además de la capacitación técnica exigida para la indicación de los Magistrados.⁴⁸⁷

El Presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años, según el artículo 160 de la misma Constitución.

Las incompatibilidades están constitucionalmente previstas en el artículo 159, apartado 4, presentando la condición de miembro del Tribunal Constitucional como incompatible con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

Entre sus garantías están aseguradas la independencia e inamovilidad en el ejercicio de su mandato, aseguradas constitucionalmente por el artículo 159, apartado 5, de la Constitución española, además de la inviolabilidad, inmunidad, remuneración y fuero especial previstos en los artículos 22, 25.1 y 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (adelante LOTC).

La pérdida de la condición de magistrado viene enunciada en el artículo 23 de la LOTC y podría dividirse en causas subjetivas, objetivas y disciplinarias. Las primeras serían la renuncia y el fallecimiento; las segundas se identificarían con la expiración del mandato; y las terceras se traducirían en ofensas a la LOTC y las incapacidades previstas para los miembros del poder judicial.⁴⁸⁸

El artículo sexto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional informa que el Tribunal Constitucional actúa en Pleno, en Sala o en Sección. El Pleno está integrado por todos los Magistrados del Tribunal. Lo preside el Presidente del Tribunal y, en su defecto, el Vicepresidente y, a falta de ambos,

⁴⁸⁷ GONZÁLEZ-TREVIJANO. *“El Tribunal Constitucional”*. Aranzadi. 2000. Pág. 78.

⁴⁸⁸ Ob. Cit. Pág. 80.

el Magistrado más antiguo en el cargo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad.

El Tribunal Constitucional consta de dos Salas. Cada Sala está compuesta por seis Magistrados nombrados por el Tribunal en Pleno. El Presidente del Tribunal lo es también de la Sala Primera, que presidirá en su defecto, el Magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad. El Vicepresidente del Tribunal presidirá la Sala Segunda y, en su defecto, el Magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad, según nos apunta el artículo 7º de la LOTC.

Además del Pleno y de las Salas, las Secciones podrán ser constituidas por iniciativa de aquellos, para el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de procesos constitucionales, en los términos del artículo 8 de la Ley Orgánica.

El Pleno conocerá de las propuestas de admisión o inadmisión de asuntos de su competencia y, en el caso de admisión, el Pleno podrá diferir a la Sala que corresponda el conocimiento del asunto de que se trate, en los términos previstos por la LOTC. Además, podrá corresponder también a las Secciones el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les difiera en los términos de la misma LOTC.

Conforme el artículo 10 de la LOTC será competente el Tribunal en Pleno para los siguientes asuntos: a) De la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales; b) De los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y demás disposiciones con valor de ley, excepto los de mera aplicación de doctrina, cuyo conocimiento podrá atribuirse a las Salas en el trámite de admisión. Al atribuir a la Sala el conocimiento del recurso, el Pleno deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación; c) De las cuestiones de constitucionalidad que reserve para sí; las demás deberán diferirse a las Salas según un turno objetivo; d) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de estas entre sí; e) De las impugnaciones previstas en el apartado 2 del artículo 161 de la Constitución; f) De los conflictos en defensa de la autonomía local; g) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado; h) De las anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal previstas en el artículo 4.3; i) De la verificación del cumplimiento de los

requisitos exigidos para el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional; j) Del nombramiento de los Magistrados que han de integrar cada una de las Salas; k) De la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional; l) Del cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los casos previstos en el artículo 23. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; m) De la aprobación y modificación de los reglamentos del Tribunal; y, de cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica.⁴⁸⁹

A su vez el artículo 11 de la LOTC determina las competencias de la Salas para que conozcan de los asuntos que, atribuidos a la justicia constitucional, no sean de la competencia del Pleno. Además, también conocerán las Salas de aquellas cuestiones que, habiendo sido atribuidas al conocimiento de las Secciones, entiendan que por su importancia deba resolver la propia Sala. Sin embargo, cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno, en los términos del artículo 13 de la referida ley.

Regulando la estructura funcional del Tribunal Constitucional la LOTC, el artículo noventa y seis, determina que son funcionarios al servicio del Tribunal Constitucional: a) El Secretario General; b) Los letrados; c) Los secretarios de justicia; d) Los demás funcionarios que sean adscritos al Tribunal Constitucional todos regidos por lo establecido en esta Ley y en el Reglamento que en su desarrollo se dicte, y, con carácter supletorio, en lo que sea aplicable por la legislación vigente para el personal al servicio de la Administración de Justicia.

Las incompatibilidades están previstas en el artículo 96, apartado 3, de la LOTC disponiendo que estos cargos y funciones son incompatibles con cualquier otra función, destino o cargo, así como con el ejercicio profesional y

⁴⁸⁹ En los casos previstos en los párrafos d), e) y f) del apartado anterior, en el trámite de admisión la decisión de fondo podrá atribuirse a la Sala que corresponda según un turno objetivo, lo que se comunicará a las partes, a tenor del apartado 2 del artículo 10.

con la intervención en actividades industriales, mercantiles o profesionales, incluso las consultivas y las de asesoramiento. No obstante, podrán ejercer aquellas funciones docentes o de investigación que, a juicio del Tribunal, no resulten incompatibles con el mejor servicio de éste.

Es importante subrayar la importancia de la función de los letrados en la producción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para mantener la coherencia y proceder a los avances y cambios de las decisiones del Tribunal. En ese sentido, el artículo 97 de la LOTC informará que el Tribunal Constitucional estará asistido por Letrados que podrán ser seleccionados mediante concurso-oposición entre funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en derecho, de acuerdo con el reglamento del Tribunal, o ser libremente designados en régimen de adscripción temporal, por el mismo Tribunal, en las condiciones que establezca el reglamento, entre abogados, profesores de universidad, magistrados, fiscales o funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de Licenciados en Derecho. Los nombrados quedarán en su carrera de origen en situación de servicios especiales por todo el tiempo en que presten sus servicios en el Tribunal Constitucional.

MIRALLES y SACCOMANO subrayan que los Letrados ejercen importantes funciones de apoyo en la decisión jurisdiccional; de estudio; y, de tipo administrativo. En el primer caso permitiendo influir en cambios importantes en la jurisprudencia debido al carácter innovador que pueden aportar a las decisiones de los Magistrados. En el segundo caso permiten la creación de un cuerpo doctrinal especializado, y, por último, ocupan importantes cargos de jefatura en la estructura funcional del Tribunal Constitucional.⁴⁹⁰

En el tema de las competencias la Constitución Española de 1978 utiliza un modo peculiar para atribuirle competencias al Tribunal Constitucional procediendo a la determinación concreta de algunas competencias como el recurso de inconstitucionalidad, el de amparo, los conflictos de competencia, la impugnación por el Gobierno de disposiciones y resoluciones de las

⁴⁹⁰ MIRALLES, JORGE LOZANO. *“El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos: el aspecto funcional”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Págs. 124-131.

Comunidades Autónomas, la cuestión de inconstitucionalidad y el control previo de los Tratados Internacionales, competencias que hay que entender como principales. Por otro lado, la Constitución delega en las leyes orgánicas la facultad de ampliar este elenco de competencias. ARAGÓN REYES expresa que el espíritu del precepto parece claro: *“se quiere decir que además de las competencias que la Constitución le atribuye, las leyes orgánicas pueden encomendar otras al Tribunal”*.⁴⁹¹

DE VEGA afirma que la redacción del artículo 161 que dispone de esta prerrogativa de las leyes orgánicas es criticable por una doble y contradictoria razón, pues no recoge competencias que taxativamente debían venir expresadas en el texto constitucional como el caso de la resolución de los conflictos entre los órganos superiores del Estado, o la constitucionalidad de los partidos políticos enumerada en el artículo 6; por otro lado, se excede atribuyendo funciones al Tribunal que deberían resolverse en el ámbito de la justicia administrativa, como por ejemplo, el supuesto del apartado 2, según el cual el Gobierno puede impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones de los órganos de las Comunidades Autónomas y además, deja abierta la puerta para que a través de las leyes orgánicas puedan ampliarse en el futuro las competencias y atribuciones del Tribunal.⁴⁹²

En ese sentido el artículo 161 de la Constitución dispone que:

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la

⁴⁹¹ ARAGÓN REYES, MANUEL. *“Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional”*. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Pág. 169.

⁴⁹² DE VEGA, PEDRO. *“Del Tribunal Constitucional”*. En: Constitución española edición comentada. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1979. Pág. 347.

jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

ARAGÓN REYES destaca que el problema existe en los límites de esta delegación a las leyes orgánicas que debe expresarse en el respeto a la misma Constitución, de ahí que las leyes orgánicas no puedan encomendar competencias al Tribunal que supongan la vulneración de los ámbitos competenciales constitucionalmente atribuidos a otros órganos, o quebranten el carácter del propio Tribunal Constitucional, o desvirtúen o modifiquen sus competencias constitucionalmente atribuidas.

En ese sentido el artículo 165 de la Constitución prevé que una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

En efecto, en el ejercicio de esta prerrogativa la propia Ley Orgánica del Tribunal nº 2/1979, de 3 de octubre, ya le atribuyó las nuevas competencias para resolver los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales y el recurso previo contra proyectos de Estatutos y demás leyes orgánicas que fue modificada posteriormente.⁴⁹³

Fue el legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional quien originariamente decidió articular un sistema combinado de control directo de la constitucionalidad de la ley, en razón del mayor valor político-constitucional que presentaban ciertas disposiciones normativas infraconstitucionales desde la óptica del nuevo sistema de fuentes del Derecho inaugurado por la Constitución de 1978, disponiendo del siguiente modo:

- *Un control previo de constitucionalidad de los proyectos de Estatuto de Autonomía y de leyes orgánicas, una vez aprobada su redacción definitiva y antes de que tales textos normativos fuesen definitivamente promulgados.*
- *Un control represivo o a posteriori para las restantes normas con fuerza de ley.*
- *Un control previo de constitucionalidad sobre los Tratados Internacionales, una vez fijado su texto y antes de que el Estado español hubiese prestado su consentimiento.*⁴⁹⁴

⁴⁹³ ARAGÓN REYES, MANUEL. “Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Pág. 171.

⁴⁹⁴ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. “Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”. En: Jurisdicción y procesos constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Pág. 22.

En cambio, la desafortunada experiencia político-constitucional a que condujo el denominado recurso previo de inconstitucionalidad de las leyes orgánicas motivó su supresión mediante la Ley Orgánica nº 4/1985, de 7 de junio, aunque hubo que esperar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1985 para que aquella ley entrase en vigor y adquiriese eficacia normativa la derogación por ella operada, ya que se interpuso frente a la misma un recurso previo de inconstitucionalidad.⁴⁹⁵

Actualmente las competencias que su Ley Orgánica atribuye al Tribunal Constitucional se agrupan en tres grandes sectores: control de constitucionalidad de las leyes y de los Tratados Internacionales, garantía de los derechos fundamentales y solución de los conflictos constitucionales. En lo que nos interesa analizar observaremos en la actividad del control de constitucionalidad la competencia que ha de ser ejercida por el Tribunal en el Pleno a través de tres vías procesales distintas: el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad y el control previo de constitucionalidad de los Tratados Internacionales.⁴⁹⁶

En atención al objeto de este trabajo analizaremos en los apartados siguientes las competencias relativas al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y las relativas al amparo constitucional para comprender en qué términos son protegidos los derechos fundamentales en España por la jurisdicción constitucional.

⁴⁹⁵ Ibíd. Pág. 22.

⁴⁹⁶ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“La jurisdicción constitucional en España”*. En: Estudios sobre Jurisdicción Constitucional. McGraw-Hill. Madrid. 1998. Pág. 09.

5.3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LOS MODOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD.

En el control sucesivo de inconstitucionalidad se puede distinguir *originariamente* para los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad dos tipos de recursos. El primero, denominado recurso de inconstitucionalidad, tiene por objeto la determinación en abstracto de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley; y el segundo, la cuestión de inconstitucionalidad, tiene por objeto la concreción de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, en función de un proceso ordinario donde se cuestiona su aplicación. Además, podemos verificar la autocuestión de inconstitucionalidad como una inconstitucionalidad surgida en un proceso de amparo que posibilitará una facultad especial del Tribunal Constitucional en virtud de la cual él puede instar la inconstitucionalidad de una ley.⁴⁹⁷

En el control preventivo de inconstitucionalidad la competencia del Tribunal Constitucional no es meramente consultiva y se trata de evitar la ratificación de un Tratado Internacional que haría políticamente más onerosa su invalidación *ex post* por causas de inconstitucionalidad, que su bloqueo previo anterior a estos actos finales.⁴⁹⁸ Todo conforme dispone el artículo 95 de la CE y 78 de la LOTC.

Nuestro objetivo será desarrollar las características, entes legitimados y efectos de estos procesos de control sucesivo de inconstitucionalidad, lo que pasaremos a tratar en los siguientes apartados.

⁴⁹⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*La jurisdicción constitucional en España*”. Dykinson. Madrid. 1984. Pág. 89; 159.

⁴⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 187.

5.4. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El artículo 161 de la Constitución española expresa que cabe recurso de inconstitucionalidad contra *“leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”*. ARAGÓN REYES aduce que la primera o más inmediata interpretación quizá podría conducir a que se refiere a las leyes, decretos-leyes y decretos legislativos, pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 27.2, concreta que serán objeto de esta apreciación de inconstitucionalidad:

- *Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas.*
- *Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley.*
- *Los Tratados Internacionales.*
- *Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.*
- *Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas.*
- *Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.*⁴⁹⁹

La vinculación entre el proceso de inconstitucionalidad y una norma determinada es patente en la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1981, que afirma en su fundamento jurídico que *“el recurso de inconstitucionalidad no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica como una vía de impugnación que pueda dirigirse de manera indiscriminada a un bloque de legalidad o contra una parte del sistema normativo o del ordenamiento, sino que el recurso se dirige al enjuiciamiento de textos legales*

⁴⁹⁹ ARAGÓN REYES, MANUEL. *“Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional”*. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 174.

y de formas legislativas determinadas. La selección de las categorías de normas, objeto del recurso de inconstitucionalidad, parte del reconocimiento de la existencia en el sistema español de dos ordenamientos jurídicos derivados de la estructura territorial autonómica que adopta el Estado español, así como de los distintos sujetos que tienen atribuida la potestad normativa en ambos ordenamientos, siempre en torno al rango legal de la norma producto de aquella potestad.⁵⁰⁰

La Constitución entiende por ley el concepto de ley formal, esto es, la norma que proviene de las Cortes Generales a través de un procedimiento específico debiendo reunir las características de fuerza y rango de ley. La primera característica se reviste en la potencialidad reguladora de la norma legal en sus aspectos activo (derogar otras leyes) y pasivo (ser derogadas por normas dotadas de fuerza de ley); la segunda característica se pone como situación específica de la norma legal en la escala jurídica cuyo reconocimiento constitucional del artículo 9.3, junto con el carácter formal de la ley, convierten aquella característica en elemento unificador del concepto de ley que utiliza la Constitución.⁵⁰¹

El recurso de inconstitucionalidad español es un cauce de impugnación directo de las normas con rango de ley (sean del Estado sean de las Comunidades Autónomas) que permite al Tribunal Constitucional ejercer un control represivo de constitucionalidad desde una doble perspectiva de enjuiciamiento: material, es decir, al servicio de la depuración abstracta del ordenamiento jurídico; y competencial, o sea, de defensa de la distribución territorial del poder constitucionalmente garantizada.⁵⁰²

En principio podría parecer que el recurso de inconstitucionalidad iba a quedar reducido a aquellos supuestos en los que se impugnaba una norma con rango de ley por razón de su contraste material con la Constitución, mientras que cuando la inconstitucionalidad de una ley se fundamentase en la

⁵⁰⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *“El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad”*. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Págs. 79-80.

⁵⁰¹ *Ibíd.* Pág. 81.

⁵⁰² CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. *“Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”*. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 24.

invasión, por otro ente territorial, de un ámbito de competencia constitucionalmente reservado, el asunto se tramitaría por el procedimiento previsto para los conflictos de competencia. La controversia se debió a las sentencias del Tribunal Constitucional nº 32/1983 y nº 49/1984 definiendo que, cuando la norma controvertida tuviese rango de ley, el conflicto competencial se tramitaría siempre por la vía del recurso de inconstitucionalidad.⁵⁰³

En cuanto al recurso de inconstitucionalidad de los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas, el hecho de que en algunos Estatutos se exija el referéndum para su aprobación y reforma no es obstáculo jurídico para el control, pues la voluntad de los electores de la Comunidad Autónoma no es la voluntad del poder soberano, pero incluso la voluntad de éste sólo tiene validez jurídica en la medida en que se ejerce de manera constitucional.⁵⁰⁴

En lo pertinente a las leyes ordinarias, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley, esta última categoría fue introducida por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, a juicio de ARAGÓN REYES para aclarar que el acto está insertado en el término norma. Han de encuadrarse ahí la autorización de las Cortes respecto de los Tratados Internacionales; la convalidación de los decretos-leyes por el Congreso; las declaraciones de estado de excepción y sitio y la adopción de las medidas coercitivas o de intervención respecto de las Comunidades Autónomas. También se justifica el recurso de inconstitucionalidad contra los Tratados o Convenios internacionales, que la Constitución considera como normas con fuerza de ley, lo que lleva a concluir que en este caso la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ha ampliado las competencias del Tribunal.⁵⁰⁵

Con relación a los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales cabe subrayar que las resoluciones escritas por los presidentes de las Cámaras interpretando o colmando lagunas del Reglamento, también se

⁵⁰³ *Ibíd.* Pág. 24.

⁵⁰⁴ ARAGÓN REYES, MANUEL. “*Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional*”. En: *Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 175.

⁵⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 176.

integrarán en la norma significando que disfrutaban de la característica de fuerza de ley y por ello parece adecuado conceder que son reglamentos parlamentarios y, por lo mismo objeto del recurso de inconstitucionalidad.⁵⁰⁶

La salvedad que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hace en relación con los derechos legislativos tiene su razón en la posibilidad prevista en el artículo 82 de la Constitución de un control parlamentario de éstos, pero las mayores incertidumbres que un control de este género de actos origina son las que nacen de la aparente convergencia que en su control se produce entre la jurisdicción contenciosa-administrativa y la constitucional. Es competencia compartida la que se ejerce respecto del Derecho anterior a la Constitución, pues el Tribunal afirmó en su sentencia nº 4/1981, que el control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales compete también a todos los tribunales del país, aunque éstos no pueden invalidar las leyes, sino sólo inaplicarlas.⁵⁰⁷

El enunciado del artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introduce una serie de figuras normativas que se acumulan a la Constitución como elementos definidores de la constitucionalidad. Se trata de lo que ha recibido posteriormente el nombre de *“bloque de la constitucionalidad”*, que el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 66/1985 ha definido como una noción compleja que hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ Ídem. Pág. 178. ARAGÓN REYES destaca que sorprendentemente tal facultad, no prevista en el Estatuto de Autonomía, le fue concedida al Gobierno vasco por la Ley nº 17/1983 del propio Parlamento Autonómico. El autor entiende que los actos provenientes de esta ley son inconstitucionales, pero no fueron recurridos al Tribunal Constitucional.

⁵⁰⁷ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“La jurisdicción constitucional en España”*. En: Estudios sobre Jurisdicción Constitucional. McGraw-Hill. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 10.

⁵⁰⁸ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *“El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad”*. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 136.

Las normas que integran el bloque de la constitucionalidad completando la Constitución aproximan el juicio de constitucionalidad más al parámetro de la Constitución material que al de la Constitución formal en sentido estricto. La doctrina los ha clasificado en ocasiones como normas interpuestas entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, situación que las integra en aquel bloque bien en razón de la materia bien en razón de un principio de competencia. Subraya GARCÍA MARTÍNEZ que las normas que integran el bloque de la constitucionalidad son las que se dictaron para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. La función constitucional que cumplen estas normas, y que es causa de su inclusión en el bloque de la constitucionalidad, es la configuración de la relación estructural de los dos ordenamientos, el estatal y el autonómico.⁵⁰⁹

El modo concreto en que la Constitución ha estructurado la organización territorial del Estado supone que, junto al principio constitucional de autonomía, ésta ha sido articulada sobre la base de la primacía del ordenamiento estatal sobre el autonómico llevando a que las leyes de armonización, concebidas por el artículo 150.3 de la Constitución como superposición de las normas estatales sobre las autonómicas, pasen igualmente a formar parte del bloque en cuestión por razones de interés general. El nexo común es la función que desempeñan como determinantes del núcleo esencial del Estado autonómico. La jurisprudencia constitucional ha ido incluyendo en el bloque de constitucionalidad no sólo a los Estatutos de Autonomía, leyes-marco, leyes orgánicas de transferencias y leyes de armonización, sino también, otras normas como consecuencia de su remisión por los Estatutos de Autonomía.⁵¹⁰

El bloque de la constitucionalidad se completa con el concepto de constitucionalidad competencial que emana del parámetro combinado de la

⁵⁰⁹ *Ibíd.* Pág. 137.

⁵¹⁰ *Ídem.* Pág. 138. La autora relata que la jurisprudencia constitucional ha ido configurando el contenido del bloque de constitucionalidad con una serie de normas que tendrán que ser consideradas por el Tribunal para apreciar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal, de tal forma que el bloque de constitucionalidad actúa de modo selectivo respecto de la norma impugnada. Pág. 143.

Constitución de 1978 y del respectivo Estatuto de Autonomía; las leyes de las Comunidades Autónomas pueden ser contrastadas con sus respectivos Estatutos de Autonomía; y, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucionales las normas no aprobadas como leyes orgánicas que impliquen modificación o derogación de un ley aprobada con carácter orgánico cualquiera que sea su contenido.⁵¹¹

RUBIO LLORENTE afirma que el abundante uso que de este recurso se ha hecho en España debe ser atribuido en parte al hecho de que ésta es la vía a través de la cual han de canalizarse las disputas competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas cuando la decisión objeto de disputa reviste forma de ley, pues la interposición del recurso provoca automáticamente la suspensión de la disposición impugnada, que el Tribunal debe confirmar o levantar en el plazo de cinco meses. La creación a partir de 1987 de Comisiones bilaterales para la solución extrajudicial de estas disputas y algunos cambios en la relación de fuerzas políticas, han producido en consecuencia un descenso en el número de recursos.⁵¹²

La competencia para conocer del recurso de inconstitucionalidad es del Pleno que puede trasladarla a las Salas cuando se trate de mera aplicación de doctrina, para la cual el Pleno deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación, en los términos del artículo 10.1 b) de la LOTC.

5.4.1. Plazo y entes legitimados en el recurso de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad habrá de formularse dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado. ARAGÓN REYES aduce que la existencia de un plazo breve de impugnación es característica de esta vía de control abstracto de normas en coherencia con su originario significado de legislación negativa. En el recurso contra los decretos-leyes el plazo comienza a partir de su

⁵¹¹ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales”*. En: Jurisdicción Constitucional y Procesos de Control de la Constitucionalidad. Tomo I. Editorial Colex. 1991. Pág. 194.

⁵¹² RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“La jurisdicción constitucional en España”*. En: Estudios sobre Jurisdicción Constitucional. McGraw-Hill. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 14.

publicación. En cuanto a las demás precisiones procedimentales establecidas en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo más significativo que se puede destacar es la fijación de unos plazos distintos, pero intentando dotar de rapidez a este procedimiento. No obstante, estos últimos han tardado de media más de dos años en resolverse.⁵¹³

La Ley Orgánica nº 1/2000, de 7 de enero, modificó el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introduciendo en el apartado la ampliación del plazo en los siguientes casos y en los términos que los exponemos:

“Artículo único. El actual párrafo del artículo 33 de la Ley Orgánica nº 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se constituye como número 1 y se añaden a dicho artículo los números 2 y 3, con la siguiente redacción:

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.

⁵¹³ ARAGÓN REYES, MANUEL. “Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 180.

b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.

c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el "Boletín Oficial del Estado" y en el "Diario Oficial" de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. Lo señalado en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad por los demás órganos y personas a que hace referencia el artículo 32."

GARCÍA MARTÍNEZ adujo que la fijación de un plazo para que actúe la acción directa de inconstitucionalidad supone el imperio de un principio de seguridad jurídica, que prevalece sobre una posible injusticia de la norma constitucional, cuya revisión sólo será posible, transcurrido este plazo, a través del proceso incidental de inconstitucionalidad instado por una cuestión de inconstitucionalidad.⁵¹⁴

En lo que se refiere a la adopción de un criterio amplio o restrictivo de legitimación, el legislador constituyente español ha optado por un criterio restrictivo. En efecto, la ampliación del sistema de competencias del Tribunal

⁵¹⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. "El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad". Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 164.

Constitucional se ve compensada por una disminución del número de instancias que pueden poner en marcha su mecanismo. Ni se confiere al Tribunal la facultad de promover de oficio la inconstitucionalidad de una ley, ni se admite la acción popular directa recogida en la Constitución de 1931. Con ello se podrá evitar la acumulación de recursos y el desprestigio político que podría derivar por la imposibilidad de resolverlos en un tiempo prudencial.⁵¹⁵

La relación de los sujetos legitimados activamente de forma taxativa y rigurosa, además de dejar sin derecho a peticionar la inconstitucionalidad directamente a los ciudadanos y particulares, lo sustrae igualmente a cualesquiera instancias públicas no incluidas en la relación específica del artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En efecto, la legitimación activa implica una relación concreta y específica entre el sujeto legitimado y el objeto del recurso, pero en el proceso directo de inconstitucionalidad dicha conexión no responde a un interés propio del sujeto legitimado, sino a una calificación política reconocida especialmente por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁵¹⁶

El resultado de la conexión específica de la legitimación activa con su atribución a unos órganos concretos tiene como consecuencia la imposibilidad de intervención adherida de terceros que no hayan sido recurrentes y que no hayan ejercido la acción dentro del plazo de tres meses. Sin embargo, estos terceros que no recurrieron en el plazo adecuado son órganos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, pero no habiéndolo hecho en su momento, pierden toda posibilidad de oponerse a la norma en cuestión.⁵¹⁷

El artículo 162.1.a) de la Constitución sólo concede legitimación a determinados órganos o fracciones de órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas, lo que reproduce el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

⁵¹⁵ DE VEGA, PEDRO. *“Del Tribunal Constitucional”*. En: Constitución Española Edición Comentada. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1979. Ob. Cit. Pág. 350.

⁵¹⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *“El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad”*. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 150.

⁵¹⁷ *Ibíd.* Pág. 150.

- a) *El Presidente del Gobierno.*
- b) *El Defensor del Pueblo.*
- c) *Cincuenta Diputados.*
- d) *Cincuenta Senadores.*
- e) *Los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.*

ARAGÓN REYES afirma que la previsión de “*en su caso*” respecto de las Asambleas de las Comunidades Autónomas debe entenderse como “*en el caso de que ellas existan*” en la Comunidad que impugne, habida cuenta que la Constitución en su artículo 152 sólo garantizaba la necesidad de Parlamento para las Comunidades que accediesen a la autonomía por el procedimiento del artículo 151. En efecto, generalizada la existencia de Parlamentos autónomos por obra de todos los Estatutos, no hay diferencia a efectos de legitimación entre los Gobiernos y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.⁵¹⁸

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ defiende que, en un sistema parlamentario de Gobierno en el que el Ejecutivo dimana de la mayoría existente en la Cámara, difícilmente el Presidente del Gobierno hará uso de su capacidad para promover el recurso de inconstitucionalidad. No obstante la previsión constitucional cobra sentido en supuestos de gobiernos de coalición, lo que explicaría que la legitimación se atribuya al Presidente del Gobierno, como órgano unipersonal, y no al Consejo de Ministros como órgano colegiado.⁵¹⁹

En lo que se refiere a los recursos planteados por el Presidente del Gobierno, éstos son de modo masivo contra leyes autonómicas. En cambio, la legitimación del Defensor del Pueblo se configura como la menos política,

⁵¹⁸ ARAGÓN REYES, MANUEL. “*Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional*”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 235.

⁵¹⁹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. “*Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo*”. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 16.

siendo su decisión de interponer recurso estrictamente personal y no condicionada a la petición por parte de los ciudadanos, petición que no obliga a interponer dicho recurso. En cuanto a la lógica del recurso de inconstitucionalidad promovido por los parlamentarios legitimados, plantea esta cuestión como un instrumento a utilizar por las minorías parlamentarias frente a las decisiones normativas de las mayorías. El hecho de que parte, o todos, de los parlamentarios recurrentes hubieran votado a favor del texto recurrido no permite invocar la doctrina de los actos propios para negar su legitimación, pues no es susceptible de predicarse esta doctrina en el orden político constitucional.⁵²⁰

Es importante retener que en estos supuestos en los que la legitimación se confiere no a instituciones constitucionales u órganos concretos, sino a grupos de personas – 50 Diputados; 50 Senadores – tal legitimación no se confiere a título personal, sino colectivo, conforme dispone el Tribunal Constitucional en Auto nº 874/85, de 5 de diciembre.⁵²¹

FERNÁNDEZ SEGADO analiza que la cuestión más polémica es la relativa a la legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas, que ha sido reducida por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al único supuesto de que las leyes o actos con fuerza de ley del Estado pudiesen afectar a su propio ámbito de autonomía. No sólo razones jurídicas relativas a la existencia de interés legítimo por los legitimados: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, Congreso y Senado, sino razones políticas son las que probablemente hicieron adoptar una solución restrictiva, pues de lo contrario se hubiera convertido el Tribunal Constitucional en escenario de guerra entre las Comunidades, según comparten la idea RUBIO LLORENTE y ARAGÓN REYES.⁵²²

⁵²⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *“El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad”*. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 155.

⁵²¹ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales”*. En: Jurisdicción Constitucional y Procesos de Control de la Constitucionalidad. Tomo I. Editorial Colex. 1991. Pág. 197.

⁵²² FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La jurisdicción constitucional en España”*. Dykinson. Madrid. 1984. Pág. 108.

ARAGÓN REYES adujo que al impedirse la impugnación de leyes o normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, lo que parece haber querido evitarse es la instrumentación del recurso de inconstitucionalidad como vía para plantear problemas derivados de agravios comparativos; pero si la inconstitucionalidad proviene de una invasión de competencias, las leyes de una Comunidad Autónoma pueden ser indirectamente impugnadas por el Gobierno de otra Comunidad con ocasión de un conflicto.⁵²³

La reducción de la legitimación de las Comunidades Autónomas es doble en el sentido de que, además de limitarse a las leyes del Estado, se dispone en el artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que dicha legitimación no alcanza a todas ellas, sino a las que vean afectado su ámbito de autonomía. A pesar de las críticas doctrinales a esta segunda limitación, ARAGÓN REYES entiende que el carácter de órganos territorialmente parciales o que representan intereses parciales que poseen Gobiernos y Parlamentos autónomos, permitía válidamente a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reducir la legitimación a la defensa de los respectivos intereses o de su propio ámbito de autonomía cuando se trata de Comunidades Autónomas.⁵²⁴

GARCÍA MARTÍNEZ expone cuatro tipos de consideraciones en torno a la legitimación de las Comunidades Autónomas:

- *La razón de ser de la legitimación de las Comunidades Autónomas para este tipo de acción reside en el mismo concepto de la autonomía reconocido por la Constitución que exige la integración del artículo 162.1, a), de la Constitución con otras normas de la misma relativas al régimen de las autonomías y a su*

⁵²³ ARAGÓN REYES, MANUEL. "Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional". En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 236.

⁵²⁴ *Ibíd.* Pág. 237.

respectivo alcance, especialmente los artículos 29, 97, 137, 138, 149.3 y 155.

- *El ámbito de esta legitimación está determinado por la configuración del principio autonómico que estructura la Constitución, lo que plantea una limitación de las normas que pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los órganos superiores legitimados de las Comunidades Autónomas. Así, las normas sólo pueden ser recurridas en la medida en que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía.*
- *Al lado de la limitación del ámbito de la legitimación reconocida a las Comunidades Autónomas, se limitan también las normas legales que pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad a las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado, lo que supone la imposibilidad de que una Comunidad Autónoma recurra por inconstitucionalidad las normas legales de otra Comunidad.*
- *La determinación de los órganos autonómicos legitimados rompe cualquier paralelismo que se pueda hacer con la legitimación de los órganos estatales, al hacer recaer la legitimación concedida al ejecutivo sobre el órgano colegiado y no sobre el Presidente del Gobierno se contrapone la necesidad del acuerdo del órgano colegiado respecto a la interposición del recurso como requisito previo a su planteamiento, frente a la simple manifestación de la voluntad del Presidente del Gobierno. Además, la legitimación de las Asambleas de las Comunidades Autónomas se plantea con un sentido institucional de relación entre ordenamientos jurídicos, mientras que en el*

*caso de la legitimación activa conferida a 50 Diputados y 50 Senadores el recurso tiene un claro sentido de opción de las minorías parlamentarias para oponerse a una decisión normativa de las mayorías.*⁵²⁵

Se deriva como consecuencia de esta situación el hecho de que las leyes autonómicas, así como sus Reglamentos parlamentarios, no tienen más control de constitucionalidad que el promovido por órganos estatales o por fracciones de órganos, a diferencia de las normas estatales con rango legal cuyo control de constitucionalidad puede producirse por iniciativa tanto de los órganos estatales como autonómicos.

La legitimación activa que articula la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional parte de la configuración de dos ordenamientos jurídicos, el estatal y el autonómico, considerados como bloques separados con un solo punto de contacto: los Estatutos de Autonomía.⁵²⁶

El Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 25/1981, afirmó lo que debería entenderse por leyes “*que puedan afectar el ámbito de su autonomía*”, disponiendo que se trata de las normas que afecten las facultades correspondientes a sus intereses peculiares.

En la sentencia nº 84/1982, el Tribunal aclaró la ambigüedad anterior y afirmó que la legitimación de las Comunidades Autónomas no está objetivamente delimitada a la defensa de sus competencias, si esta expresión se entiende en su sentido habitual. Se extiende objetivamente al ámbito de sus intereses peculiares que se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas a las del Estado.⁵²⁷

⁵²⁵ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. “*El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*”. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Págs. 156-161.

⁵²⁶ *Ibíd.* Págs. 161-162.

⁵²⁷ ARAGÓN REYES, MANUEL. “*Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional*”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga

En un análisis coyuntural del uso del recurso de inconstitucionalidad CAAMAÑO DOMÍNGUEZ adujo que en los recursos de inconstitucionalidad promovidos ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno no se suscitaron cuestiones de naturaleza competencial, mientras que en los recursos en los que se planteaba un problema no propiamente competencial, sino de contraste material entre la ley y la Constitución, los promotores de los recursos fueron minorías parlamentarias o el Defensor del Pueblo. Éste último ha hecho un uso moderado de este cauce de impugnación directa de la ley.

MONTORO PUERTO expresó que ni el artículo 162.1.a) de la Constitución, ni el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se refieren aparentemente a la legitimación del Ministerio Fiscal, por cuanto no se le menciona en la relación de órganos, instituciones o grupos que pueden accionar ante el Tribunal Constitucional en demanda de declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el autor subraya que partiendo de la idea de defensa de legalidad, resulta anómalo que una institución a la que constitucionalmente se le asigna tal misión, sea excluida en un proceso en el que precisamente se va a debatir el ajuste de una norma en función de la Constitución, o sea, de la máxima legalidad.⁵²⁸

En este sentido, MONTORO PUERTO afirma que el Ministerio Fiscal no solamente se entiende como ente legitimado para promover el proceso de inconstitucionalidad, sino para comparecer en procesos de esta naturaleza promovidos por cualquiera de los otros órganos, sujetos o instituciones, a fin de sostener en el curso del mismo la legalidad constitucional.⁵²⁹

Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 238.

⁵²⁸ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Posición del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional”*. En: Selección de Escritos y Dictámenes (1980-1986). Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. Cuestiones de Inconstitucionalidad. Tomo I. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1986. Pág. 19.

⁵²⁹ *Ibíd.* Pág. 20.

5.4.2. Los efectos de las sentencias en el proceso directo de constitucionalidad.

Los artículos 38 a 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional desarrollan el artículo 164 de la Constitución en relación con las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad. Las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional en los procesos directos de inconstitucionalidad pueden ser estimatorias y desestimatorias, teniendo en cuenta que son distintas las sentencias desestimatorias por defectos formales y las sentencias desestimatorias por razones sustantivas en las que el Tribunal hace un juicio de constitucionalidad, apreciando fundadamente la de la norma impugnada. Tanto las sentencias de inconstitucionalidad como las desestimatorias lo pueden ser total o parcialmente, según que aprecien la totalidad de la pretensión o sólo parte de ella.⁵³⁰

GARCÍA MARTÍNEZ señala que aunque el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no distingue entre los distintos fallos posibles, el artículo 164 de la Constitución lo hace y diferencia los efectos entre las sentencias constitucionales en general, las sentencias de inconstitucionalidad y las sentencias que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho. Tal circunstancia ha hecho que parte de la doctrina haya diferenciado los dos tipos de sentencias, atribuyendo valor de cosa juzgada y efectos frente a todos a las estimatorias y solamente valor de cosa juzgada a las desestimatorias, sobre la base teórica de que las primeras producen alteración en el ordenamiento cuando expulsa la norma inconstitucional, mientras que las desestimatorias, al firmar la constitucionalidad de una norma, no producen ningún efecto en el ordenamiento.⁵³¹

A su vez, PEDRO DE VEGA subraya que es lógico que se proclame el valor de cosa juzgada y el efecto *erga omnes* de todas las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley y que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho. Sin embargo, afirmó que los efectos de la cosa

⁵³⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. “*El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*”. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Págs. 213-214.

⁵³¹ *Ibíd.* Pág. 214.

juzgada sólo deberán entenderse para los casos de sentencias en que se reconozca la inconstitucionalidad, pero no en los supuestos en los que la inconstitucionalidad sea rechazada.⁵³²

Como consecuencia de la eficacia *erga omnes*, las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vincularán a todos los poderes públicos, conforme dispone el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; lo que debe entenderse no sólo en cuanto a la prestación y ejecución de las medidas que adopte el Tribunal respecto del cumplimiento, sino también en cuanto que las conductas jurídicas imputables a estos poderes deben ser conformes con la solución dada al caso de inconstitucionalidad resuelto.⁵³³

FERNÁNDEZ SEGADO recuerda la advertencia de ALMAGRO NOSETE respecto de la lógica inherente a la propia naturaleza de la pretensión impugnatoria y al alcance efectivo del pronunciamiento jurisdiccional, que exige que la declaración de nulidad de determinados preceptos legales guarde coherencia con el resto del propio texto legal en que los preceptos nulos se hallan insertos. En razón de ello, el artículo 39.1 establece el deber del Tribunal de declarar al tiempo que la nulidad de los preceptos impugnados, también la nulidad de los preceptos conexos o que sean consecuencia de los principales. El Tribunal Constitucional estableció en la sentencia nº 11, de 1981, que el citado artículo define el poder de extender el pronunciamiento del Tribunal a otras normas distintas de las especialmente impugnadas, requiriendo tres requisitos:

1. *Que la sentencia sea declaratoria de la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados o de alguno de ellos.*
2. *Que exista una relación de conexión o de consecuencia entre los preceptos declarados*

⁵³² DE VEGA, PEDRO. “*Del Tribunal Constitucional*”. En: Constitución Española Edición Comentada. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1979. Ob. Cit. Pág. 355.

⁵³³ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*La jurisdicción constitucional en España*”. Dykinson. Madrid. 1984. Pág. 118.

inconstitucionales y aquellos otros a los que la inconstitucionalidad se extiende o se propaga.

3. *Que estos últimos permanezcan o queden comprendidos en la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley. Además, el artículo 39.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional posibilita al Tribunal Constitucional fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.*⁵³⁴

En efecto, el Tribunal Constitucional puede fundar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados en la infracción de cualquier precepto constitucional, aunque éste no se hubiese invocado por las partes. Además, del principio de la conservación de la ley deriva la posibilidad de que su enjuiciamiento no concluya exclusivamente con una simple declaración de conformidad o disconformidad de la ley con la Constitución, pues hay posibilidad del uso de las sentencias interpretativas de rechazo hasta las aditivas y manipulativas, así como de las sentencias de declaración de mera anulabilidad de la norma legal impugnada permitiendo una modulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.⁵³⁵

En lo que se refiere al valor de cosa juzgada que se atribuye a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad no hay dudas de que éstas están dotadas del valor de cosa juzgada formal, desde el momento en que adquieren firmeza al ser inimpugnables. Distinto es el supuesto de la cosa juzgada material, que como resultado de la función pacificadora del proceso entre las partes litigantes impide el replanteamiento del litigio por las mismas partes, y en la calidad en que lo fueron, sobre el mismo objeto y por las mismas causas. La cosa juzgada en sentido material no se proyecta en la sentencia estimatoria y tampoco en la desestimatoria. El concepto procesal de

⁵³⁴ *Ibíd.* Págs. 119-120.

⁵³⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. “Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”. En: *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Págs. 43-44.

cosa juzgada no tiene plena aplicación en las sentencias de los procesos directos de constitucionalidad, ya que el sentido material de la cosa juzgada no puede aplicarse a las sentencias estimatorias, pues aunque tienen el efecto de no admitir el replanteamiento de la cuestión por ninguna vía, es producto no tanto de su valor de cosa juzgada cuanto de los efectos *erga omnes* de la sentencia que ha excluido a la norma recurrida del ordenamiento jurídico.⁵³⁶

De esta forma, GARCÍA MARTÍNEZ entiende que desestimado un recurso de inconstitucionalidad por sentencia, sea por motivos de forma o de fondo, no cabe el planteamiento de un nuevo recurso sobre la norma cuya constitucionalidad se ha confirmado, ni por los mismos recurrentes ni por otros distintos, pero esto no se produce por el valor de cosa juzgada material sino porque el plazo para la interposición del recurso es breve, imposibilitando ejercitar nueva acción de inconstitucionalidad contra aquella norma.⁵³⁷

El artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene sentido en función de la compatibilidad entre la sentencia desestimatoria dictada en recurso de inconstitucionalidad y la utilización de la vía incidental, o sea, de la cuestión de inconstitucionalidad, para abrir nuevo proceso sobre el mismo objeto de la sentencia desestimatoria, esta vez por vía difusa. Sin embargo, el citado artículo impide la utilización de la misma vía de acción directa de inconstitucionalidad, pero no hay obstáculo para la utilización tanto de la cuestión de inconstitucionalidad como de la autocuestión al hilo de un recurso de amparo.⁵³⁸

En efecto, el apartado 2 del artículo 38 aclara 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 procesos constitucionales.

CASCAJO CASTRO informa que en la sentencia nº 41/83, de 1983, se establece que los efectos de cosa juzgada de una sentencia constitucional

⁵³⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *“El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad”*. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Págs. 224-226; 229.

⁵³⁷ *Ibíd.* Pág. 226.

⁵³⁸ *Idem.* Pág. 226.

no impiden admitir a trámite otro proceso, aunque el contenido de su pronunciamiento no deba diferir del anterior. Pero en otras ocasiones, teniendo en cuenta el valor de cosa juzgada de una sentencia previa del Tribunal Constitucional, se declara la falta sobrevenida de contenido para ser objeto de nueva sentencia. Igualmente se establece que una vez declarada la inconstitucionalidad por el Tribunal y la consiguiente nulidad de determinados preceptos de una ley, no puede plantearse de nuevo otra cuestión acerca de su inconstitucionalidad, porque tal cuestión ha sido decidida con valor de cosa juzgada y con efectos *erga omnes*, desapareciendo consecuentemente el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.⁵³⁹

La eficacia *erga omnes* que es propia de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad, implica que declarada la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta queda expulsada del ordenamiento por lo que no puede ser aplicada por ningún otro órgano del Estado. En lo que se refiere a su articulación con la cuestión de inconstitucionalidad, este fenómeno de legislación negativa que conduce a la anulación de las normas declaradas inconstitucionales deja sin objeto las cuestiones que se plantean sobre los mismos supuestos, no sólo en razón del valor de cosa juzgada, sino también en razón de los efectos *erga omnes*.⁵⁴⁰

FERNÁNDEZ SEGADO, apoyándose en la opinión de RUBIO LLORENTE y ARAGÓN, declaró que la Constitución española nada indica al respecto de la existencia de efectos *ex nunc* o *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad, pero del enunciado del artículo 161.1. a), cabía deducir que se trata de una eficacia *ex nunc*, puesto que se consideran firmes las sentencias recaídas con anterioridad en aplicación de la ley invalidada.⁵⁴¹

En cambio, GARCÍA MARTÍNEZ afirmó que el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional vincula la inconstitucionalidad con la

⁵³⁹ CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS. “La sentencia constitucional”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución Española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Pág. 290.

⁵⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 294.

⁵⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “La jurisdicción constitucional en España”. Dykinson. Madrid. 1984. Pág. 120.

nulidad de la norma impugnada. La doctrina, en general, ha considerado que la sanción de nulidad lleva aparejada la privación de vigencia de la norma *ex tunc* como consecuencia de la verificación de su invalidez que se realiza en la sentencia de inconstitucionalidad por entender que el acto nulo lo es por un vicio de origen y que la sentencia en cuestión es meramente declarativa del vicio que invalida el acto.⁵⁴²

La sentencia nº 45, de 1989, determina al respecto que de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 39.1, las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas adquiriendo efectos generales a partir de su publicación y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados impide la aplicación de los mismos desde la publicación de la sentencia, pues la Ley Orgánica no faculta la posibilidad de diferir el momento de efectividad de la nulidad.⁵⁴³

Sin embargo, la realidad es que la capacidad que tiene el Tribunal Constitucional de modular el alcance de la nulidad en sus sentencias está traduciéndose en la progresiva limitación de efectos retroactivos de aquélla, dando lugar a sentencias prospectivas que han permitido hacer un planteamiento paralelo con la derogación. Se entiende el significado de la nulidad como elemento depurador del ordenamiento jurídico, pero declarada la nulidad de la norma como consecuencia de su inconstitucionalidad, el efecto de la misma es para el futuro, ya que impide la aplicación de los preceptos afectados desde el momento de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado, significando que la nulidad, según esta idea, supone la imposibilidad de ultraactividad de la misma.⁵⁴⁴

⁵⁴² GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *“El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad”*. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 230.

⁵⁴³ *Ibíd.* Pág. 231.

⁵⁴⁴ *Ídem.* Pág. 234. Véase también: FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *“Las sentencias de los Tribunales Constitucionales”*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2009.

Es interesante observar que no es infrecuente que la impugnación de una ley autonómica por motivos competenciales pueda concluir con una sentencia en la que no existe propiamente un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, sino más bien un pronunciamiento sobre el ámbito de aplicación territorial de la norma impugnada en razón de la titularidad de la competencia controvertida, pues como el reparto de competencias entre las Comunidades Autónomas es desigual, sería improcedente declarar la inconstitucionalidad de una norma estatal sin tener en consideración que al mismo tiempo que pueda estar invadiendo el ámbito de competencia de una Comunidad Autónoma, no esté invadiendo el ámbito de competencia de otra. Así, la consecuencia derivada no es necesariamente la inconstitucionalidad de la ley, sino la pérdida de su vigencia territorial en el ámbito de la Comunidad Autónoma afectada.⁵⁴⁵

5.5. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Las cuestiones de inconstitucionalidad permiten la existencia de un término medio entre el originario sistema norteamericano de inconstitucionalidad difusa y el originario sistema austríaco de jurisdicción concentrada, en el cual partiendo de la existencia previa de un proceso se somete al Tribunal Constitucional el orden de la declaración de inconstitucionalidad.⁵⁴⁶

Los órganos de cualquier jurisdicción han de verificar si las normas que se invocan en un proceso concreto como fundamento de la pretensión infringen o no las normas constitucionales, conforme designa la Ley Orgánica

⁵⁴⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. *“Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”*. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 45.

⁵⁴⁶ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. T. I. Jurisdicción constitucional y procesos de control de la constitucionalidad”*. Editorial Colex. Madrid. 1991. Pág. 243.

del Poder Judicial en los términos de su artículo 6, afirmando que los jueces no deben aplicar los Reglamentos, o cualquier otra disposición, contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa. El órgano jurisdiccional ante el que se tramita el proceso en el que se invoca como fundamento de la pretensión la supuesta norma inconstitucional, no tendrá jurisdicción para decidir la cuestión y ésta surgirá como una cuestión prejudicial.⁵⁴⁷

El artículo 163 de la Constitución regula la cuestión de inconstitucionalidad, completada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y presenta como sus notas características, las siguientes:

- 1. Puede plantearse en cualquier proceso, en primera o sucesivas instancias. No podrá serlo en un procedimiento administrativo.*
- 2. Únicamente podrá plantearse por el juez o Tribunal que conozca del proceso, de oficio o a instancia de parte.*
- 3. Podrá plantearse siempre que una norma con rango de ley aplicable y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución.*⁵⁴⁸

BLASCO SOUTO aduce que desde la lógica del proceso es preciso destacar la naturaleza plural de la cuestión de inconstitucionalidad: subjetiva y objetiva. La autora advierte que la cuestión de inconstitucionalidad no tiene naturaleza exclusivamente objetiva porque no se limita a declarar la validez de la norma jurídica abstracta y general, controlando la actividad del órgano que emite el acto objeto del proceso. Argumenta que la naturaleza subjetiva se manifiesta en el proceso incidental que tiene como fin la tutela de los derechos de las partes, que se plasma en la aplicación constitucionalmente correcta de la

⁵⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. "Artículo 163". En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Pág. 256.

⁵⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 257.

ley al proceso. Esta naturaleza subjetiva abre paso a las sentencias interpretativas en su entorno natural. El Tribunal Constitucional juzga la ley en la interpretación realizada por el juez de mérito, y con esto, se anula la distancia entre la abstracta previsión normativa y su concreta aplicación.⁵⁴⁹

La importancia del carácter objetivo es el fin de eliminar del ordenamiento jurídico español disposiciones y actos legales inconstitucionales, que se ve reforzado por el hecho de que la facultad para plantear la duda de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional les viene atribuida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. Éstos someterán la duda a la Corte Suprema que declarará la validez o no de la norma con carácter general, y no en relación al supuesto de hecho concreto y específico. Sin embargo, también existe un interés legítimo de la parte en que no se apliquen en el proceso leyes que puedan ser inconstitucionales y negarlo sería ofender el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como entiende BLASCO SOUTO.⁵⁵⁰

CORZO SOSA apunta diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de la cuestión de inconstitucionalidad, especificando dos grandes grupos de discusiones: las teorías constitucionalistas y las teorías procesales. Los defensores de las teorías constitucionalistas las identifican en cuanto a su sentido objetivo e instrumental. La primera teoría en darse en el tiempo fue expuesta por RUBIO LLORENTE y ARAGÓN REYES que defendían la tesis de que siendo un procedimiento regulado como una modalidad en el artículo 163 no constituye una competencia autónoma, sino otra forma de procedimiento para el ejercicio de la competencia establecida en el artículo 161. Así, la cuestión procedimentalmente surgiría en otro proceso y no de forma directa, lo que la caracterizaría como un recurso indirecto de inconstitucionalidad.⁵⁵¹

A diferencia de los constitucionalistas, entre los procesalistas es unánime la consideración de que la cuestión de inconstitucionalidad es de naturaleza prejudicial. La noción de la prejudicialidad en general exige dos

⁵⁴⁹ BLASCO SOUTO, M.^a DEL CARMEN. *“La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995. Págs. 97-99.

⁵⁵⁰ *Ibíd.* Págs. 100-101.

⁵⁵¹ CORZO SOSA, EDGAR. *“La cuestión de inconstitucionalidad”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Págs. 212-213.

presupuestos: una diversidad de órdenes jurisdiccionales; y, tratarse de un antecedente lógico para la resolución del proceso principal. La identificación de la prejudicialidad en el proceso constitucional se trata de una prejudicialidad devolutiva que se presenta cuando en un proceso haya una cuestión constitucional respecto de una norma legal de cuya validez dependa el fallo, en el cual el órgano jurisdiccional tendrá que devolver el asunto al Tribunal Constitucional que decidirá sobre la inconstitucionalidad o no de la ley.⁵⁵²

GONZÁLEZ PÉREZ afirma que al plantearse en un proceso no constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, estamos ante una cuestión prejudicial. Recuerda el Auto nº 250, de 1982, donde el Tribunal Constitucional ha declarado:

La cuestión de inconstitucionalidad, como ha afirmado este Tribunal en su sentencia de 1 de junio de 1981 “no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”. Tal doctrina explica por qué la Constitución en su artículo 163 y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 35 exigen que entre la ley cuestionada y el fallo ha de existir la concreta relación de que este último dependa de la validez de aquélla, no pudiendo el órgano judicial plantear la cuestión, sino en el momento de dictar o adoptar una resolución en la que haya de aplicar la norma legal cuya validez se cuestiona.”⁵⁵³

⁵⁵² Ídem. Pág. 220. El autor sostiene que la naturaleza jurídica de la cuestión de inconstitucionalidad es una cuestión prejudicial devolutiva, como está prevista en los artículos 163 de la Constitución; 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁵³ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. “Artículo 163”. En: Revista de derecho público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución española de 1978. Tomo

ÁLVAREZ CONDE recuerda que el propio Tribunal Constitucional definió la cuestión de inconstitucionalidad como una cuestión prejudicial al utilizar la expresión “prejudicialidad constitucional” en el Auto 69/1983, de 17 de febrero y en la Sentencia 301/1993.⁵⁵⁴

La condición concreta de este proceso permite que la inconstitucionalidad de la ley surja en el momento de su aplicación, dado que el proceso *a quo* no es un simple requisito de procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. La concreción marca el proceso incidental porque la decisión del Tribunal Constitucional está ligada a un supuesto de hecho concreto, en el ámbito del cual la ley declarada inconstitucional había encontrado o se pretendía que encontrase aplicación, lo que significa que el planteamiento de la cuestión no es resultado de una valoración abstracta y general; por el contrario, es fruto de la aplicación que la ley debe recibir en el proceso dónde el Tribunal Constitucional conoce de la regla que el juez extrae para resolver el caso.⁵⁵⁵

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una decisión exclusiva de los órganos judiciales. El artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no concede un derecho a las partes en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la Constitución, sino únicamente la facultad de instarlo de los órganos judiciales, quienes son competentes para el planteamiento de la cuestión, cuando de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deban resolver.⁵⁵⁶

XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 260.

⁵⁵⁴ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de Derecho Constitucional. Los órganos constitucionales. El Estado autonómico. Volumen II*. Tecnos. 2008. Pág. 411.

⁵⁵⁵ BLASCO SOUTO, M.^a DEL CARMEN. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995. Ob. Cit. Pág. 108.

⁵⁵⁶ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. *Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo*. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 57.

Los citados artículos disponen que el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad sólo pueda ser propuesta por los órganos que integran el Poder Judicial y por las Salas que componen el Tribunal Constitucional, las cuales también pueden plantear cuestiones al Pleno. En consecuencia, la intervención de las partes litigiosas se reduce a: instar al Tribunal para que plantee la cuestión de inconstitucionalidad; la solicitud podrá hacerse en cualquiera de los escritos que deban presentarse, en el acto de la vista, o mediante petición formulada a tal fin, siempre que no se haya dictado sentencia; si el juzgador no estima necesario el planteamiento de la cuestión, la parte puede intentarlo de nuevo en segunda y posteriores instancias.⁵⁵⁷

El artículo 10.1 c) de la LOTC permite que el Pleno difiera cuestiones de inconstitucionalidad a las Salas, en un turno objetivo, desde que no reserve para sí el conocimiento de la cuestión.

Teniendo en consideración los requisitos subjetivos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, éstos son: a) la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales; y, b) la participación de la parte para instarles la cuestión; en ambos casos de planteamiento, de oficio o a instancia de parte, ha de oírse previamente al Ministerio Fiscal y a las demás partes, por un plazo improrrogable de diez días, conforme dispone el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Las demás partes a que se refiere el citado artículo son designadas en los términos del artículo 37.3 de la misma ley, disponiendo que se dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado, por medio de sus Presidentes; al Fiscal General del Estado y al Gobierno, por vía del Ministerio de Justicia; y, en su caso, a los órganos legislativos y ejecutivos de la Comunidad Autónoma afectada.⁵⁵⁸

En efecto, el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y en el plazo para dictar la sentencia, o la resolución

⁵⁵⁷ CANO MATA, ANTONIO. *“Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Págs. 38-41.

⁵⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *“Artículo 163”*. En: *Revista de derecho público. Comentarios a las leyes políticas*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 264.

jurisdiccional que procediera, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Las partes y el Ministerio Fiscal tendrán el plazo común e improrrogable de diez días para argumentar sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o manifestarse sobre el fondo de esta para que el juez resuelva en el plazo de tres días mediante Auto que no será susceptible de recurso aunque la cuestión pueda ser intentada en las sucesivas instancias si no hubiere alcanzado sentencia firme, todo en conformidad con el artículo 35.2.

En ese sentido, el citado artículo 35.2 al establecer que antes de adoptar mediante Auto su decisión definitiva, el órgano judicial deberá oír a las partes posibilitando en el trámite de audiencia que éstas colaboren en la formación de la voluntad del órgano judicial, considerará que la omisión de este trámite constituye un defecto en el planteamiento.⁵⁵⁹

La revisión del artículo 37.2 contesta a la necesidad de que se permita a los interesados personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los quince días de su publicación para en otros quince días formular alegaciones. La inclusión de ese precepto por la LOTC de 6/2007 vino a democratizar el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad en el TC.

Sin embargo, el Auto nº 10, de 1983, afirma la orientación jurisprudencial de que el juzgador nunca queda vinculado por la petición de la parte en los siguientes términos:

“(...) el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no obliga a que un órgano judicial plantee la cuestión de inconstitucionalidad cuando se lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el juez o Tribunal de que se trate considere que la norma de cuya validez dependa el fallo pueda ser

⁵⁵⁹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. “Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 59.

*contraria a la Constitución. Ello significa que si el órgano judicial no tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la norma no tiene por qué formular la cuestión de inconstitucionalidad aunque así se lo pida la parte”.*⁵⁶⁰

En efecto, reiteramos que, el artículo 35.2 de la misma ley establece que si el órgano judicial hubiere dado respuesta a la petición de parte, tal decisión no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

MONTORO PUERTO aduce que en el Auto nº 30, así como en el Auto nº 939, ambos de 1985, se afirma que conforme entiende el Tribunal Constitucional, el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la parte en el proceso ordinario no supone lesión de derecho fundamental alguno y, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución española, a pesar de otros posicionamientos doctrinarios contrarios que sostienen la posibilidad de amparo por violación a la tutela judicial efectiva.⁵⁶¹

Pero aparte de los requisitos subjetivos hay que destacar también la necesidad de ciertos requisitos objetivos para el trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, que son: a) comprender por objeto de este control incidental sólo las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley que están enumeradas en el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pudiendo incurrir en disconformidad con las normas constitucionales o con las normas que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas; b) plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia; sostener por Auto la ley o norma con fuerza de ley cuya inconstitucionalidad se cuestiona; c) informar el precepto constitucional que se

⁵⁶⁰ CANO MATA, ANTONIO. *“Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Pág. 42.

⁵⁶¹ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. T. I. Jurisdicción constitucional y procesos de control de la constitucionalidad”*. Editorial Colex. Madrid. 1991. Ob. Cit. Pág. 246.

supone infringido indicando la conexión con el fallo; y, d) finalmente, demostrar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.⁵⁶²

Considerando la destacada importancia referente a los dos últimos requisitos objetivos que se traducirán en la duda de constitucionalidad y el juicio de relevancia, dedicaremos por separado un apartado para analizar el tema. Sin embargo, seguiremos en este apartado verificando a continuación la problemática temporal referente al objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

La gran dificultad se presenta respecto de la verificación de inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales con rango de ley que conduce a las siguientes reflexiones: a) la adecuación o inadecuación a la Constitución de las leyes dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma fundamental es una cuestión jurídica cuyo conocimiento exclusivo y excluyente está reservado al Tribunal Constitucional; b) la adecuación o inadecuación a la Constitución de las leyes anteriores es también competencia del Tribunal Constitucional, pero compartida con los jueces y Tribunales ordinarios, que pueden enjuiciar la constitucionalidad de estas leyes para no aplicarlas por derogación, si son inconstitucionales, o someter la cuestión al Tribunal Constitucional, según el artículo 35 de la Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979.⁵⁶³

Como consecuencia de dichas posibilidades puede presentarse que: a) los Tribunales declararían derogadas las leyes o preceptos anteriores a la Constitución que de forma clara, manifiesta e inequívoca se opongan a aquélla, por simple aplicación de la norma constitucional contenida en la disposición derogatoria 3; b) en los demás casos el juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad.⁵⁶⁴

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 4, de 1981, dispuso que tratándose de leyes preconstitucionales los jueces y Tribunales no deben aplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al

⁵⁶² *Ibíd.* Págs. 265-272.

⁵⁶³ CANO MATA, ANTONIO. *“Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Ob. Cit. Págs. 61-62.

⁵⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 62.

Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. No hay impedimento a que los órganos judiciales opten por la inaplicación de dichas leyes preconstitucionales aplicando la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se le opongan. En la sentencia nº 105, de 1988, el Tribunal Constitucional se ha cuidado de apuntar que la promoción de la cuestión se hace imprescindible solamente cuando el órgano judicial estima que no puede hacer uso de la disposición derogatoria de la Constitución y del mecanismo de derogación tácita en ella contenido.⁵⁶⁵

Analizando el tema del plazo para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad observaremos que el artículo 163 de la Constitución española supuso en principio dificultad de comprensión acerca de la expresión “(...) *en los supuestos, en la forma y con efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*”.

En lo referente a este requisito objetivo que determina la exigencia del plazo en el cual el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia surgieron problemas de interpretación derivados de la idea de que difícilmente puede dictarse sentencia en un proceso, si no se ha despejado la duda de la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo. Los redactores de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional superaron la contradicción que llevaba a la interpretación confusa, entendiendo que el efecto suspensivo sólo se aplica a los trámites del procedimiento *a quo* anteriores a la sentencia que no puede dictarse hasta que el Tribunal Constitucional haya decidido sobre la inconstitucionalidad cuestionada de la cual dependa el fallo.⁵⁶⁶

En la sentencia nº 76, de 1982, el Tribunal Constitucional declaró que los términos “*sentencia*” o “*fallo*” deben interpretarse como “*pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal*”. La sentencia nº 54, de 1983, amplió la tesis anterior

⁵⁶⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. “*Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo*”. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 54.

⁵⁶⁶ CANO MATA, ANTONIO. “*Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional*”. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Ob. Cit. Pág. 71.

adicionando la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en cuanto a las resoluciones que hayan de dictarse para la ejecución de acuerdos judiciales.⁵⁶⁷

El control incidental de constitucionalidad permite además de la expulsión de la norma inconstitucional del orden jurídico como consecuencia del control concentrado de normas, también la concreción en cuanto condición concreta de este proceso que comporta la posibilidad de que la inconstitucionalidad de la ley surja en el momento de su aplicación, dado que el proceso *a quo* no es un simple requisito de procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. La concreción se manifiesta en dos notas de este proceso: la prejudicialidad y la relevancia, que condicionan la relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.⁵⁶⁸

Nos interesará en el siguiente apartado analizar los requisitos de prejudicialidad y relevancia que estructuran la duda de inconstitucionalidad y el juicio de relevancia como notas esenciales de la cuestión de inconstitucionalidad.

5.5.1. La duda de inconstitucionalidad y el juicio de relevancia.

Conforme el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el órgano judicial al promover una cuestión de inconstitucionalidad habrá de concretar en el Auto de planteamiento: la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto infringido, y tendrá que especificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. La duda de inconstitucionalidad y el juicio de relevancia, aunque tienen una finalidad común (ambos tratan de garantizar el carácter concreto de la cuestión de inconstitucionalidad y evitar su posible utilización dilatoria por las partes), hacen alusión a realidades distintas, pues mientras la duda de inconstitucionalidad determina que no ha de ser notoriamente infundado el planteamiento, el juicio de relevancia se refiere a la

⁵⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 75-77.

⁵⁶⁸ BLASCO SOUTO, M.^a DEL CARMEN. “*La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*”. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995. Ob. Cit. Pág. 109.

importancia de la norma para resolver el conflicto que el órgano judicial ha de decidir.⁵⁶⁹

LÓPEZ ULLA advierte que el Tribunal Constitucional no es demasiado estricto a la hora de supervisar la duda de inconstitucionalidad, ya que en varias ocasiones ha subsanado la falta de acierto del órgano judicial al citar el precepto constitucional que se supone infringido, así como ha acudido a los considerandos del Auto de planteamiento para recabar argumentos en contra de la constitucionalidad de la norma impugnada que no habían sido invocados en la parte dispositiva del mismo. La cuestión de inconstitucionalidad establece un cauce de comunicación entre los órganos de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional para que éste solucione las dudas de aquéllos sobre la inconstitucionalidad de determinada norma. Sin embargo, es el juez que en cada caso tiene que romper la presunción de constitucionalidad quien ha de motivar la duda atendiendo a las circunstancias concretas que justifican la aplicación de la disposición impugnada.⁵⁷⁰

CANO MATA afirma que toda cuestión de inconstitucionalidad identificará cuál es la norma, con rango de ley, de cuya adecuación a la Constitución se duda, pues una indeterminación de este precepto tendría como consecuencia la declaración de inadmisibilidad de este proceso de inconstitucionalidad, conforme dispone el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁵⁷¹

En consecuencia, el juicio de relevancia se crea como un instrumento necesario para preservar el carácter de control concreto de la cuestión de inconstitucionalidad, característica fundamental que la define en su función de control de la constitucionalidad, porque el juicio de relevancia es el argumento que realiza el juez o Tribunal ordinario dirigido a constatar la naturaleza incidental, y como consecuencia prejudicial, de la cuestión de

⁵⁶⁹ LÓPEZ ULLA, JUAN MANUEL. *“La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2000. Pág. 199.

⁵⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 205. Véase las decisiones del Tribunal Constitucional: SSTC 17/1981; 25/1984; 166/1986; 155/1987; 105/1988; 19/1991; 222/1992; 301/1993 y 126/1997; STC 103/1983; 106/1986; 3/1988.

⁵⁷¹ CANO MATA, ANTONIO. *“Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Ob. Cit. Pág. 87.

inconstitucionalidad. Suele decirse que los jueces y Tribunales actúan a modo de “filtro” en el control de la constitucionalidad impidiendo que lleguen al Tribunal Constitucional quejas manifiestamente infundadas o carentes de la suficiente concreción o prejudicialidad. La cuestión de inconstitucionalidad ha de versar acerca de la validez de la ley ya considerada aplicable al caso y de la cual depende el fallo, siendo la razón de la duda la contradicción entre la ley aplicable y las normas constitucionales.⁵⁷²

En los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 17, de 1981, el juicio de relevancia está orientado a construir de manera consistente el “*esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse depende de la validez de la norma cuestionada*”. La flexibilidad en la interpretación de la existencia o no de relevancia surge en la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el grado de conexión entre el juicio principal y el juicio constitucional. Esto es debido a que no existe un contenido único que defina la relevancia, ya que en España la relevancia es definida no sólo como la aplicación de la norma al caso concreto, sino además por su dependencia al fallo.⁵⁷³

Por la relevancia la decisión del Tribunal Constitucional adquiere una estructura procesal determinada, donde el proceso *a quo* no puede ser decidido de forma independiente al constitucional y está jurídicamente condicionado por él.⁵⁷⁴

ÁLVAREZ CONDE subraya que el Tribunal Constitucional ha seguido un criterio flexible de las previsiones contenidas en la LOTC acerca del juicio de relevancia, lo que se justifica por la conveniencia de que cuestiones planteadas por los órganos judiciales contribuyan a la depuración del ordenamiento jurídico

⁵⁷² GARCÍA COUSO, SUSANA. “*El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Pág. 50.

⁵⁷³ *Ibíd.* Pág. 53.

⁵⁷⁴ BLASCO SOUTO, M.^a DEL CARMEN. “*La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*”. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995. Ob. Cit. Pág. 218.

de preceptos presuntamente inconstitucionales para que se extienda la fuerza vinculante de la Constitución.⁵⁷⁵

Por medio de una interpretación extensiva el Tribunal Constitucional reserva las decisiones de inadmisibilidad por notoria falta de fundamento a las cuestiones de inconstitucionalidad en las que no se motiven en absoluto la duda de constitucionalidad o a los casos claros de ausencia de inconstitucionalidad. En efecto, el Tribunal Constitucional también se ha posicionado afirmando que la posibilidad de una interpretación distinta del precepto impugnado no puede condicionar la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando dicha interpretación se muestra inconsistente o manifiestamente infundada. En este caso el Auto nº 352, de 1990, señala lo que entiende por *notoriamente infundada*:

*“(...) sólo es aplicable en rigor a aquellos casos en los que el razonamiento que lleva a proponer la cuestión permite apreciar, sin necesidad de abrir debate sobre el tema, que la duda que alienta el juez proponente sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada, se basa en una interpretación de esa norma, o del precepto constitucional con el que se le supone en conflicto, absolutamente diversa de la que es común en nuestra comunidad jurídica o ha sido ya consagrada por este Tribunal”.*⁵⁷⁶

Además cabe inadmitir la duda de constitucionalidad cuando ya hubiera sido desestimada por el Tribunal Constitucional en una resolución previa de fecha anterior al Auto de planteamiento, sin que para ello entre la cuestión de inconstitucionalidad o el recurso de inconstitucionalidad anteriormente desestimados exista una identidad de objeto, sino bastando con

⁵⁷⁵ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de Derecho Constitucional. Los órganos constitucionales. El Estado autonómico. Volumen II*. Tecnos. 2008. Ob. Cit. Pág. 414. Véase la SSTC 9/1991 y ATC 14/1993.

⁵⁷⁶ LÓPEZ ULLA, JUAN MANUEL. *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2000. Ob. Cit. Pág. 218.

que entre ambos exista una notable similitud, o con que la inconsistencia de la duda de constitucionalidad se derive de las consideraciones expuestas en otras sentencias. Es sabido que las sentencias desestimatorias no tienen la eficacia propia de la cosa juzgada permitiendo el planteamiento de nuevas cuestiones que tengan por objeto los mismos preceptos legales anteriormente desestimados. Sin embargo, cabe subrayar por razones de “seguridad jurídica” que se exige el criterio de identidad para la decisión de los casos análogos. Cuando el Tribunal Constitucional considera que una cuestión de inconstitucionalidad es notoriamente infundada por haber sido desestimada una anterior cuestión de inconstitucionalidad o recurso de inconstitucionalidad similar en otra sentencia, estará amparado por lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga a los jueces y Tribunales a interpretar y aplicar 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.⁵⁷⁷

El supuesto es diferente cuando la sentencia desestimatoria se dicta después de que el Auto de planteamiento haya sido elevado al Tribunal Constitucional, pues en este caso el órgano judicial no habrá tenido la oportunidad de conocer la doctrina constitucional y, por ello, la inadmisión tiene por base no su notoria falta de fundamento, sino que el Tribunal Constitucional la desestima aludiendo a la doctrina sentada en la sentencia anterior. En definitiva, si un juez o Tribunal plantea una duda de constitucionalidad que ha sido desestimada en una sentencia anterior, el Tribunal Constitucional inadmitirá la cuestión de inconstitucionalidad considerándola notoriamente infundada. Si la sentencia desestimatoria se dicta con posterioridad al Auto de planteamiento, el Tribunal Constitucional la desestimaré aludiendo a los argumentos empleados en la primera.⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ *Ibíd.* Págs. 219-222.

⁵⁷⁸ *Ídem.* Pág. 2225. Si entre el Auto de planteamiento y la sentencia desestimatoria no ha transcurrido mucho tiempo, por razones de economía procesal y para no provocar una injustificada dilación en el proceso judicial que ha quedado en suspenso, el Tribunal Constitucional podrá desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en Auto.

GARCÍA COUSO subraya que, en lo referente al juicio de relevancia, el tema de la prejudicialidad constitucional es un tema conflictivo, ya que, a las características propias de cualquier tipo de prejudicialidad, hay que añadir las derivadas de la naturaleza de un proceso constitucional, que son:

1. *La posibilidad de elección por parte del juez de plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad, lo que parece en principio convertirla en una cuestión prejudicial devolutiva.*
2. *el carecer o no de autonomía procesal.*
3. *El objeto del proceso constitucional que enjuicia normas, y no hechos, por ello en la operación de subsunción que se realiza en el juicio constitucional, la premisa menor es también una norma jurídica, a fin de ver si la ley ordinaria respecta el contenido de la Constitución.*
4. *La inexistencia de contradicción de intereses como consecuencia de la anterior característica.*
5. *La naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad en contraposición con los efectos generales que son predicables de la sentencia constitucional.*⁵⁷⁹

El nexo entre el juicio principal y el prejudicial se centra en la relevancia, o dependencia en el fallo, que debe incluirse y quedar suficientemente demostrada y argumentada por el juez *a quo* en lo que jurisprudencialmente se ha venido a denominar como juicio de relevancia, requisito imprescindible para la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ GARCÍA COUSO, SUSANA. "El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 57.

⁵⁸⁰ *Ibíd.* Pág. 77.

La exigencia de identificación del objeto sobre el que debe versar el proceso constitucional es siempre un juicio comparativo entre norma secundaria y norma primaria, con la intención de determinar la correlación jurídica entre una y otra. Como estamos en presencia de un control concreto, se exige que se establezca la relación de causa a efecto que existe entre la norma constitucional y la necesidad de su aplicación al caso concreto, como necesidad de especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la norma en cuestión.⁵⁸¹

La relevancia como fenómeno de unión entre ambos procesos puede ser observada y estudiada desde ángulos distintos: desde el punto de origen de la cuestión de inconstitucionalidad, que significa la necesidad de la existencia de la relevancia como requisito indispensable para su planteamiento; y desde el punto del retorno, que se refiere a la necesidad de la conservación o no de la relevancia, entendida como aplicación de la decisión del Tribunal Constitucional en el proceso *a quo*.⁵⁸²

GARCÍA COUSO aduce que cuanto más fuerte sea la conexión entre el juicio principal y el constitucional, menor será la autonomía entre ellos, y mayor la intensidad de la naturaleza de control concreto de la cuestión. La determinación de la mayor o menor existencia de autonomía en la cuestión de inconstitucionalidad se convierte en el centro del problema de la relevancia y, por tanto, de las relaciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional. En efecto, el juez a la hora del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, debe estar convencido de la aplicabilidad y de la relevancia de la norma sobre la que recae la duda de inconstitucionalidad, independientemente de la interpretación más o menos flexibilizadora que con posterioridad lleve a cabo el Tribunal Constitucional.⁵⁸³

Sin embargo, es posible que el juez o Tribunal incumpla alguno de los requisitos objetivos exigidos para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y por ello, el Tribunal Constitucional se vea obligado a

⁵⁸¹ CANO MATA, ANTONIO. *“Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Ob. Cit. Pág. 88.

⁵⁸² GARCÍA COUSO, SUSANA. *“El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 77.

⁵⁸³ *Ibíd.* Pág. 86.

declarar la inadmisibilidad del recurso. Pero esto no impide que el órgano judicial que promovió la cuestión pueda plantearla de nuevo, una vez subsanados los efectos de que adolezca, según el Auto nº 250, de 1982.⁵⁸⁴

La duda de inconstitucionalidad y el juicio de relevancia como principales puntos de ligación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional permiten la producción de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional al juicio *a quo*, lo que pasaremos a analizar en el siguiente apartado observando los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en la cuestión de inconstitucionalidad.

5.5.2. La sentencia y sus efectos en la cuestión de inconstitucionalidad.

Hemos analizado que el proceso constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad presenta una naturaleza prejudicial que se concreta en el juicio de relevancia, por lo que el proceso ordinario no puede resolverse hasta que no se haya decidido el proceso constitucional. En efecto, este proceso tiene un contenido objetivo que acentúa de manera especial el carácter abstracto de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta simbiosis también está presente en la sentencia, pues el carácter concreto de ésta se advierte en los efectos que produce respecto del proceso ordinario del cual surgió la cuestión; y el aspecto abstracto se observa en la nulidad de la disposición o norma legal y en los efectos generales que produce.⁵⁸⁵

La producción de los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional recaída sobre la cuestión de inconstitucionalidad que se originó en el proceso ordinario tendrá, con algunas matizaciones que apuntaremos, los mismos efectos resultantes de la decisión del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad, tales como: cosa juzgada y eficacia *erga omnes*. Por esta razón no reiteraremos todo lo anteriormente expuesto en el apartado sobre los efectos de la sentencia en el recurso de

⁵⁸⁴ CANO MATA, ANTONIO. *“Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Ob. Cit. Pág. 98.

⁵⁸⁵ CORZO SOSA, EDGAR. *“La cuestión de inconstitucionalidad”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 528.

inconstitucionalidad, sino que analizaremos los aspectos interesantes que definen la sentencia y sus efectos en la cuestión de inconstitucionalidad.

ÁLVAREZ CONDE relata que la única particularidad que diferencia el efecto de la decisión en la cuestión de inconstitucionalidad de aquél referente al recurso de inconstitucionalidad, viene contemplada en el art. 38.3, que establece la obligación por parte del Tribunal de comunicar inmeditamente al ⁵⁸⁶órgano judicial su resolución, el cual notificará a las partes, vinculando la jurisprudencia del TC a la decisión del proceso.

Una vez que se ha planteado la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, ha sido declarada la admisibilidad y ultimado el procedimiento, se dictará sentencia decidiendo acerca de la inconstitucionalidad planteada. La sentencia verificará si la norma legal que la ha motivado ha incurrido o no en inconstitucionalidad, conforme los términos del artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, produciendo en principio efectos plenos.⁵⁸⁷

El artículo 164 de la Constitución española regula la cosa juzgada en atención al vínculo con la publicación y el carácter de cosa juzgada formal. El primer caso refiere que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación. Esta disposición recibe la crítica de CORZO SOSA quien aduce que es inadmisibles, pues la cosa juzgada es un efecto jurídico procesal de las sentencias que tiene lugar tan pronto sea emitida, sin tener que esperar a que la misma sea publicada. En lo pertinente al valor de cosa juzgada formal, se determina que no cabe recurso contra las sentencias constitucionales, disposición esta reiterada por el artículo 93.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de Derecho Constitucional. Los órganos constitucionales. El Estado autonómico. Volumen II*. Tecnos. 2008. Ob. Cit. Pág. 417.

⁵⁸⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *Artículo 163*. En: *Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 276.

⁵⁸⁸ CORZO SOSA, EDGAR. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 529.

El autor subraya que en las sentencias estimatorias la cosa juzgada formal no ofrece ningún problema, pero la cosa juzgada material sí presenta dificultades. En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no hay disposición que regule este tipo de cosa juzgada, pero en todo caso ha de entenderse que al declararse la inconstitucionalidad, el asunto ha quedado firme y no se podrá revisar. En lo que atañe a las sentencias desestimatorias la cosa juzgada formal impide que la misma persona que inició el proceso vuelva a promoverlo. En cambio, en lo que se refiere al valor de cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria, es criterio mayoritario que la declaración de la norma como “no inconstitucional” no significa que se le otorgue una eterna presunción de constitucionalidad, sino que esa norma puede ser objeto de una nueva revisión.⁵⁸⁹

Sin embargo, el artículo 164 de la Constitución no distingue entre sentencias de inconstitucionalidad dictadas en un proceso principal o en una cuestión prejudicial. No obstante, el artículo 38.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que *“las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional”*. Cabe subrayar que al referirse el citado artículo únicamente a las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad queda excluido de tal precepto el planteamiento ulterior de la cuestión de inconstitucionalidad, que podrá proponer nueva apreciación de la inconstitucionalidad por la vía incidental alcanzando los mismos efectos que se producirían en el recurso de inconstitucionalidad.⁵⁹⁰

La interpretación conjunta del artículo 29.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en el cual se establece que la desestimación por razones de forma de un recurso de inconstitucionalidad no impide que la misma ley pueda ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso) y del artículo 38.2 de la referida ley (indicando que

⁵⁸⁹ Ibíd. Pág. 530.

⁵⁹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. “Artículo 163”. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988. Ob. Cit. Pág. 278.

la sentencia desestimatoria de un recurso de inconstitucionalidad impide que se vuelva a cuestionar la inconstitucionalidad en la misma vía) nos permite concluir que no cabrá planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad después del anterior recurso, bien sea por razón de forma (artículo 29.2), bien sea por desestimación de fondo (artículo 38.2). En cambio, procede un nuevo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, sin importar que el recurso de inconstitucionalidad haya sido desestimado por razones de forma o de fondo.⁵⁹¹

Es interesante tener en cuenta que si algunos de los sujetos legitimados para intervenir ante el Tribunal Constitucional consideran que la cuestión de inconstitucionalidad no reúne las condiciones exigidas por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para ser admitida a trámite, podrá interponerse recurso de súplica contra la providencia de admisión según se recoge en el artículo 93.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁵⁹²

Además, un tema de especial interés se verifica en la llamada terminación anormal del proceso por irrelevancia sobrevenida, que se produce en supuestos como el allanamiento, la renuncia, el desistimiento o la transacción, y en los que se ha decidido que al desaparecer el procedimiento principal, queda sin sentido el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, para el Tribunal Constitucional las modificaciones sobrevenidas en la relevancia han de influir necesariamente en la suerte del proceso constitucional abierto, pues a pesar de que haya interés en la depuración del ordenamiento jurídico y la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran, hace falta el nexo de conexión que preserva ambas jurisdicciones ordinaria y constitucional, razón por la cual se extingue el proceso evitando que el control incidental se convierta en control concentrado.⁵⁹³

⁵⁹¹ CORZO SOSA, EDGAR. *“La cuestión de inconstitucionalidad”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 531.

⁵⁹² LÓPEZ ULLA, JUAN MANUEL. *“La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2000. Ob. Cit. Pág. 311.

⁵⁹³ GARCÍA COUSO, SUSANA. *“El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 121.

Por último, nos interesa reiterar lo expuesto en el apartado referente a los efectos de la sentencia en el recurso de inconstitucionalidad aduciendo que la eficacia *erga omnes* de la sentencia constitucional traduce la naturaleza objetiva del juicio de constitucionalidad de las leyes, acentuando el rasgo del Tribunal Constitucional como legislador negativo. La capacidad de vincular a los demás órganos del Estado es fruto de la eficacia *erga omnes*, conforme defiende BLASCO SOUTO.⁵⁹⁴

En efecto, los dos principales procesos de jurisdicción constitucional encargados al Tribunal Constitucional español son el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, pero en el ejercicio de esta competencia también le corresponde verificar la llamada autocuestión de inconstitucionalidad surgida en el seno del proceso de amparo, y el control previo de los Tratados internacionales, temas estos que analizaremos en el siguiente apartado.

5.5.3. La autocuestión de inconstitucionalidad surgida en proceso de amparo.

El artículo 55.2 impone que el incidente de constitucionalidad surgido en un recurso de amparo tenga una doble solución, pues se resuelve en un juicio de constitucionalidad con efectos limitados al caso de amparo decidido; y además, el Tribunal está obligado a iniciar de oficio un segundo proceso cuyo objeto exclusivo es la cuestión acerca de la constitucionalidad de la ley inaplicada, que se tramita por el procedimiento propio de los procesos de constitucionalidad y concluirá con una sentencia con efectos *erga omnes*.⁵⁹⁵

La regulación del artículo 55.2 carece de precedentes en el Derecho de los países que han adoptado el sistema concentrado de control de constitucionalidad. La opción por un control de constitucionalidad autónomo respecto del recurso de amparo parece fundarse en la idea de que a cada

⁵⁹⁴ BLASCO SOUTO, M.^a DEL CARMEN. *“La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995. Ob. Cit. Pág. 257.

⁵⁹⁵ MIERES MIERES, LUIS JAVIER. *“El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)”*. Civitas. Madrid. 1998. Pág. 103.

función le corresponde un proceso específico; no obstante, las razones de la separación deben buscarse en la especificidad de la función de control de constitucionalidad y la protección de los derechos fundamentales, que se ha querido ver bien en la protección de intereses distintos en cada proceso, bien en la diferencia estructural de los juicios que en ellos tienen lugar.⁵⁹⁶

El origen de este precepto se encuentra en la Enmienda nº 55 del Senado, presentada por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático. La Ponencia designada en el Senado para estudiar el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tras admitir la Enmienda, dio su redacción definitiva al artículo 55.2, justificando sumariamente la introducción de este nuevo instituto jurídico con la alegación de que este procedimiento abreviado evitaría que normas inconstitucionales siguieran insertas en el ordenamiento jurídico.⁵⁹⁷

El artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional determina que:

*“En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado, porque a juicio de la Sala o, en su caso, de la Sección la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”.*⁵⁹⁸

Se trata de una facultad excepcional del propio Tribunal en virtud de la cual puede él mismo instar la inconstitucionalidad de una ley: la Sala o la Sección que dicta una sentencia estimatoria de amparo, si considera que

⁵⁹⁶ Ibíd. Pág. 108.

⁵⁹⁷ OLIVER ARAUJO, JOAN. *“El recurso de amparo”*. Colección Estado y Derecho – 2. Palma de Mallorca. 1986. Pág. 367.

⁵⁹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La jurisdicción constitucional en España”*. Dykinson. Madrid. 1984. Ob. Cit. Pág. 158.

puede existir un problema de inconstitucionalidad, plantea una especie de cuestión de constitucionalidad ante el Pleno del Tribunal.⁵⁹⁹

MIERES MIERES aduce que el recurso de amparo cumple una función objetiva de garantía y desarrollo del ordenamiento constitucional que concurre con la subjetiva de protección de los derechos individuales. La función objetiva explica ciertas características del proceso de amparo y alguno de sus trámites procedimentales, y además, define un horizonte en el desarrollo interpretativo y normativo del proceso a fin de reforzar esta dimensión objetiva, sin perjuicio de la función subjetiva que es el elemento esencial del recurso de amparo. Respecto de la autocuestión se ha afirmado que tiene un exclusivo interés objetivo puesto que el subjetivo de la protección del concreto derecho fundamental se satisface ya en el recurso de amparo previo. Pero la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley protege también el interés de las partes en los procesos judiciales pendientes representando una fluida correspondencia entre interés objetivo y subjetivo.⁶⁰⁰

El Tribunal Constitucional en el Auto nº 942, de 1985, entendió que el artículo 55.2 no contempla un caso de transformación procesal según el cual el recurso de amparo, por su modo de planteamiento, devenga recurso abstracto de inconstitucionalidad, sino que establece sólo un enlace secuencial entre dos procesos constitucionales que tienen objetos distintos y se resuelven independientemente.⁶⁰¹

El planteamiento de la autocuestión debe atender especialmente a dos requisitos: el otorgamiento del amparo; y la inescindibilidad del amparo y la inconstitucionalidad de la ley. El Tribunal Constitucional sólo podrá efectuar el control abstracto de constitucionalidad de la ley, si se ha producido la lesión concreta y actual de un derecho fundamental. Además, le exige una conexión de aplicabilidad entre la disposición legal y el acto objeto de la demanda de

⁵⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 159.

⁶⁰⁰ MIERES MIERES, LUIS JAVIER. *“El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)”*. Civitas. Madrid. 1998. Pág. 110.

⁶⁰¹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. *“Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”*. En: *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 69.

amparo. Esta conexión es concebida en términos estrictos por el Tribunal Constitucional, ya que la autocuestión sólo será planteada cuando el acto del poder que se anula es consecuencia de la aplicación de la norma. Subráyese también que si la denunciada vulneración del derecho fundamental es consecuencia necesaria de la aplicación de la ley, nada impide que los ciudadanos arguyan, en el recurso de amparo y como fundamento del mismo, la inconstitucionalidad del precepto legal que sirva de cobertura al acto impugnado.⁶⁰²

El Tribunal Constitucional parte de una interpretación favorable al acceso a los problemas de constitucionalidad de las normas, sin vulnerar su propia jurisprudencia en orden a los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, conforme ha señalado en su sentencia nº 41, de 1981:

“Es verdad que el apartado 3 del artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dice que en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos y libertades por razón de los cuales se formuló el recurso. Sin embargo, es también cierto que en el apartado 2 del artículo 55 se contempla el supuesto de estimación de un recurso de amparo por lesionar derechos fundamentales o libertades públicas y en este caso permite que, elevándose al Pleno del Tribunal la cuestión, pueda decidirse sobre la inconstitucionalidad de una ley. Una interpretación racional de este precepto obliga a entender que la inconstitucionalidad de una ley que lesiona derechos fundamentales y libertades públicas puede ser alegada por el recurrente del amparo. De este modo puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos o libertades reconocidos en los artículos 14 al 30 de la

⁶⁰² Ibíd. Págs. 69-70.

*Constitución y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley”.*⁶⁰³

Es importante subrayar que, aunque se presenten analogías notorias entre la cuestión de inconstitucionalidad y la autocuestión, hay grandes diferencias que deben ser destacadas. Se advierte que quien plantea la cuestión ante el Pleno del Tribunal Constitucional no es un órgano de la jurisdicción ordinaria, sino una de las Salas o las Secciones que integran este Tribunal.

El objeto de la autocuestión es de menor amplitud que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, pues en aquella sólo se protegen los derechos descritos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución. La cuestión de inconstitucionalidad requiere una prejudicialidad devolutiva al Tribunal Constitucional; por el contrario la autocuestión es elevada al Pleno solamente tras la estimación del procedimiento de amparo resuelto por las Salas⁶⁰⁴ o las Secciones, conforme modificación producida por la LOTC 6/2007.

Antes de la reforma de 2007 la acreditada doctrina revelaba el grave problema que este control sucesivo de constitucionalidad, por medio de la autocuestión, tenía en razón del riesgo de contradicción entre la Sala y el Pleno pues la interpretación del parámetro podía ser divergente ya que no se suspendía la resolución del amparo. Este riesgo de contradicción se concretó en las sentencias nº 18, de 1990, y, nº 48, de 1995, en las cuales se mantuvo una interpretación de la Constitución distinta aunque la interpretación de la disposición legal coincidía con la de la Sala.⁶⁰⁵

⁶⁰³ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. T. I. Jurisdicción constitucional y procesos de control de la constitucionalidad”*. Editorial Colex. Madrid. 1991. Ob. Cit. Pág. 285.

⁶⁰⁴ OLIVER ARAUJO, JOAN. *“El recurso de amparo”*. Colección Estado y Derecho – 2. Palma de Mallorca. 1986. Pág. 369.

⁶⁰⁵ MIERES MIERES, LUIS JAVIER. *“El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)”*. Civitas. Madrid. 1998. Ob. Cit. Pág. 123.

ÁNGELA FIGUERUELO ya enunciaba que se presentaban deficiencias a la hora de montar dos procesos sucesivos para resolver un recurso de amparo, aunque en él se pretendiera también la inconstitucionalidad de una norma y, además, que de ese desdoblamiento de procesos podría resultar que la autocuestión de inconstitucionalidad resultara como una mera repetición de los argumentos debatidos en el primer proceso de amparo, sin olvidar que aquélla altura la Sala podría resolver el amparo antes de la declaración de inconstitucionalidad por el Pleno del Tribunal procediendo a decisiones contradictorias.⁶⁰⁶

Intentando resolver estos inconvenientes surgieron las dos principales propuestas que se presentan: en relación a la posibilidad de que el Pleno resuelva simultáneamente el amparo y la inconstitucionalidad; y, una posible solución de *lege ferenda* para alterar el momento en que debe ser planteada la cuestión ante el Pleno. La primera vía pretendía elevar el proceso de amparo al Pleno cuando se presente una duda de inconstitucionalidad, para que éste en una sola sentencia resuelva la controversia sobre la constitucionalidad de la norma y el amparo demandado. La segunda vía pretendía concebir la autocuestión como una cuestión prejudicial que suspenda el plazo para resolver el recurso de amparo hasta que el Pleno no se haya pronunciado sobre la cuestión de inconstitucionalidad.⁶⁰⁷

La primera propuesta recibió la crítica acerca de la ofensa del artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que determina la audiencia de las demás partes (Congreso de los Diputados, Senado, Fiscal General del Estado, y Gobierno) infringiendo las garantías procesales establecidas. La crítica a la segunda propuesta se centró fundamentalmente en el retraso en las decisiones de amparo que aguardarían la resolución de inconstitucionalidad por el Pleno.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ FIGUERUELO BURRIEZA. ÁNGELA. “*Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55.2 de la LOTC)*”. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año nº 7. Nº 21. 1987. Pág. 240.

⁶⁰⁷ OLIVER ARAUJO, JOAN. “*El recurso de amparo*”. Colección Estado y Derecho – 2. Palma de Mallorca. 1986. Págs. 372-375.

⁶⁰⁸ *Ibíd.* Págs. 374-375.

Sin embargo, la nueva redacción del artículo 55.2 de la LOTC determinó la suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo en cuanto trámite la resolución de la autocuestión. Modificación acertada que concedió mayor coherencia entre las decisiones del Pleno, de las Salas y en la actualidad, de las Secciones.

5.5.4. El control previo de constitucionalidad de los Tratados internacionales.

En las competencias del Tribunal Constitucional pertinentes al control de constitucionalidad cabe mencionar el control previo de los Tratados internacionales.

TORRES DEL MORAL analiza que ese control preventivo no equivale efectivamente a un recurso, pues en cuanto el Tratado no se perfeccione y publique no integra el ordenamiento jurídico español y una estimación de su inconstitucionalidad no puede comportar su anulación ya que todavía no se trata de norma española.⁶⁰⁹

CRUZ VILLALÓN destaca que el control sucesivo se orienta a evitar negativas consecuencias jurídicas en el ámbito internacional, cumpliendo una función monitoria de los órganos titulares del poder de control legislativo.⁶¹⁰

Este proceso responde a una doble finalidad: la de preservar la Constitución y la de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Sin embargo, advierte el Tribunal Constitucional que esta vía no lo convierte ocasionalmente en un

⁶⁰⁹ TORRES DEL MORAL, ANTONIO. *“Principios de derecho constitucional español”*. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutenses de Madrid. Madrid. 1998. Pág. 804.

⁶¹⁰ CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *“El control previo de constitucionalidad”*. Revista de Derecho Público. Nº 82. 1981. Pág. 07.

cuerpo consultivo, sino que éste ya actúa como órgano jurisdiccional que es y su declaración es de carácter vinculante y produce eficacia *erga omnes*.⁶¹¹

Los órganos legitimados para el requerimiento del control previo son el Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras, conforme prescribe el artículo 95.2 de la Constitución y el artículo 78.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Respecto del Gobierno debe existir acuerdo previo del Consejo de Ministros en cuanto órgano colegiado. El Reglamento del Congreso, de 1982, en su artículo 157, prevé que el Pleno del Congreso, a iniciativa de los Grupos Parlamentarios, o una quinta parte de los diputados, podrá acordar dirigir al Tribunal Constitucional el requerimiento de control previo. El Reglamento del Senado, de 1982, en su artículo 147, a su vez, prevé que la alta Cámara, a propuesta de un Grupo Parlamentario o de veinticinco senadores, podrá requerir al Tribunal Constitucional para que declare si un Tratado o Convenio, sometido a su consideración, es o no contrario a la Constitución.⁶¹²

SÁNCHEZ DE VEGA defiende que los efectos que produce la declaración acerca del control previo de inconstitucionalidad no adquieren efecto de cosa juzgada material a la declaración de contradicción, aunque en algunas decisiones el Tribunal se haya posicionado en ese sentido.⁶¹³

En la actualidad el control previo de los Tratados Internacionales es el único procedimiento de control de constitucionalidad previo en el sistema constitucional español.

En esta labor el Tribunal Constitucional emblemáticamente ejerció el control previo de constitucionalidad en el DTC 001/1992 acerca de la compatibilidad entre la Constitución española y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del artículo G B, 10, del Tratado de la Unión Europea; y, en el DTC 001/2004 acerca de la

⁶¹¹ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. “Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”. En: Jurisdicción y Procesos Constitucionales. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Ob. Cit. Pág. 47.

⁶¹² FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “La jurisdicción constitucional en España”. Dykinson. Madrid. 1984. Ob. Cit. Págs. 188-189.

⁶¹³ SÁNCHEZ DE VEGA, AUGUSTÍN. “Sobre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales”. Revista de las Cortes Generales. Nº 29. 1993. Pág. 48.

compatibilidad entre la Constitución española y el Tratado por que se estableció una Constitución para Europa, valorando los artículos I-6, II-111 y II-112 del referido Tratado.⁶¹⁴

Sin embargo, formó parte de las competencias del Tribunal Constitucional el recurso previo de inconstitucionalidad contra Proyectos de Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas, habiendo sido incorporado por el artículo 2.1, e), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de modo genérico, y por el artículo 79, de manera específica. No obstante, este procedimiento era criticable por distorsionar la naturaleza del Tribunal Constitucional que actuaba como especie de control político de las leyes orgánicas y de los Reglamentos de las asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas.⁶¹⁵ Este procedimiento fue revocado permaneciendo en el ordenamiento español solamente el control previo de constitucionalidad de los Tratados Internacionales.

⁶¹⁴Para la decisión integral consultar:
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=15919>.

Acceso en: 14 de marzo de 2013.

⁶¹⁵ Ibíd. Pág. 191.

CAPÍTULO VI – EL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA: GARANTÍA EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

Como hemos enunciado, las garantías jurisdiccionales constituyen el instrumento más importante para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.

La carencia de instrumentos de tutela jurisdiccional hace que los preceptos constitucionales que contienen los derechos fundamentales pierdan su carácter normativo y se conviertan en meros principios cuya eficacia queda a expensas del desarrollo que de los mismos haga el legislador.⁶¹⁶

ÁNGELA FIGUERUELO analiza que en el constitucionalismo contemporáneo las garantías jurisdiccionales que consisten en la protección ordinaria o extraordinaria otorgada por los tribunales de justicia se destacan por su operatividad siendo el recurso de amparo, en España, con orígenes que se hallan en la Constitución Republicana de 1931, la garantía reforzada de los derechos fundamentales.⁶¹⁷

El constituyente español dispuso en el artículo 53.2 de la Constitución que todos los ciudadanos podrán requerir la tutela de los derechos fundamentales ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y de sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El orden jurídico español en lo referente a la tutela de los derechos fundamentales se caracteriza por el hecho de que el ciudadano tiene que acudir primeramente al juez legal ordinario a fin de obtener la protección de su derecho fundamental vulnerado y, si no obtuviera de él la tutela, remitirá su pretensión ante los Tribunales superiores del Poder Judicial hasta agotar dentro de la jurisdicción ordinaria los medios de impugnación, como dispone el artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El ciudadano

⁶¹⁶ CARRASCO DURÁN, MANUEL. *“Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Pág. 34.

⁶¹⁷ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Significado y funciones del derecho constitucional”*. Revista de Investigaciones Jurídicas. ELD. 2003. Nº 27. Pág. 730.

sólo podrá acudir al Tribunal Constitucional por medio del amparo constitucional cuando su petición de restablecimiento del derecho fundamental vulnerado no fuera atendida por el Poder Judicial.⁶¹⁸

Ante lo expuesto, en el ordenamiento jurídico español subsisten dos géneros de amparo: el amparo ordinario (en todas sus especies), y el amparo constitucional. Las razones esenciales que indujeron al constituyente a la instauración del amparo ordinario se deducen por el hecho de que mediante el amparo ordinario, se podría obtener una más rápida tutela de su derecho fundamental vulnerado, a la vez que la inmediación del Juzgado con el lugar de la violación del derecho permite un mejor tratamiento del material instructorio, permitiendo mayor economía procesal. A su vez, corresponderá al Tribunal Constitucional mediante el amparo constitucional una doble función: subjetiva o de tutela de los derechos fundamentales y objetiva o de creación de su doctrina legal en cuanto el Tribunal Constitucional sea el intérprete supremo de la Constitución, estando todos los demás jueces y Tribunales ordinarios obligados a su estricta observancia.⁶¹⁹

En el ejercicio de la jurisdicción constitucional nos interesa analizar el amparo constitucional de competencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, entendemos obligada la tarea de exponer brevemente los diversos tipos de amparo ordinario y su articulación con el amparo constitucional permitiéndonos mayor claridad en la comprensión del tema.

CARRASCO DURÁN sistematiza que los procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales se dividen en dos categorías: procesos especiales generales y procesos especialísimos o específicos. Los procesos especiales generales son los que proporcionan unos trámites comunes para la tutela judicial de un grupo de derechos fundamentales y se pueden tramitar ante los órganos judiciales ordinarios (procesos especiales de amparo judicial) o ante el Tribunal Constitucional. Cumplen, estructuralmente, la función de desarrollar la previsión de un procedimiento preferente y sumario

⁶¹⁸ GIMENO SENDRA, VICENTE y MORENILLA ALLARD, PABLO *“Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo”*. Editorial Colex. 2003. Pág. 21.

⁶¹⁹ *Ibíd.* Pág. 22.

para la tutela de los derechos de los artículos 14 a 29 de la Constitución que contiene el artículo 53.2 de la misma. Son estos:

1. *El proceso especial contencioso-administrativo, regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley 29/1998 (artículos 114 a 121), contiene la redacción actual de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que sustituye a la normativa tradicional de este proceso que desarrollaba la Sección segunda de la Ley 62/1978 de protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas.*
2. *El proceso especial contencioso-disciplinario militar regulado en los artículos 453 y 518 de la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989).*
3. *El proceso especial laboral, constituido por el proceso para la tutela de los derechos de libertad sindical del Capítulo XI, Título II, Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral, articulada actualmente en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995.*
4. *El proceso especial de amparo ante el Tribunal Constitucional está regulado en los artículos 43 a 58 y en la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sobre la base de los artículos 53.2 y 161.b) de la Constitución.⁶²⁰*

En efecto, los procesos especialísimos o específicos están encaminados exclusivamente a la tutela judicial de un determinado derecho, y

⁶²⁰ CARRASCO DURÁN, MANUEL. “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Ob. Cit. Pág. 40.

presentan una tramitación aún más acelerada como garantía de la efectividad de la protección judicial. Actualmente pueden distinguirse:

- 1. El proceso para la protección del derecho de reunión dispuesto en el artículo 122 de la Ley nº 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que sustituye la normativa de este proceso incluida anteriormente en el artículo 7º.6 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas.*
- 2. El proceso para hacer efectivo el derecho de rectificación, contenido en la Ley Orgánica nº 2/1984 con la finalidad de protección del derecho de honor del artículo 18 de la Constitución.*
- 3. El proceso de Habeas Corpus, en la Ley Orgánica nº 6/1984 que desarrolla el artículo 17.4 de la Constitución, para la tutela del derecho a la libertad.*
- 4. Los procesos electorales establecidos en los artículos 49 y 108 a 120 de la Ley Orgánica nº 5/1985, del Régimen Electoral General, para la protección del derecho de participación política (artículo 23 de la Constitución).*
- 5. Los procesos motivados por demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación que se tramitarán con carácter preferente y en ellos será siempre parte el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 249.1.2.º de la Ley nº 1/2000.*

6. *El proceso para la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen que incluye reglas especiales sobre la legitimación activa, contenido de las posibles acciones cautelares, etc, dispuestas en la Ley Orgánica nº 1/1982 que debe entenderse completada por el artículo 249.1.2.º de la Ley 1/2000, estableciendo que las demandas relativas a la protección de estos derechos se decidirán en juicio civil ordinario.*
7. *El incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial modificado posteriormente por la Ley Orgánica nº 13/1999, posibilitando declarar la nulidad de actuaciones judiciales fundadas en defecto de forma que hubieran causado indefensión o incongruencia del fallo.*⁶²¹

Observando el desarrollo legislativo verificaremos que la Ley nº 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona a fin de dar cumplimiento a las exigencias de preferencia y sumariedad establecidas en el artículo 53.2 de la Constitución, instauró tres conjuntos de denominadas garantías jurisdiccionales, que eran los procedimientos especiales, penal, civil y contencioso-administrativo, pero las sucesivas reformas han dejado sin contenido la citada ley. La sección 1ª, relativa a la garantía jurisdiccional penal ha sido derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley nº 38/2002. La Ley nº 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, derogó expresamente la sección 2ª de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, ordenando en su lugar el proceso especial de amparo administrativo (artículos 114 a 122). Por fin, la Ley nº 1/2000 de Enjuiciamiento Civil derogó

⁶²¹ *Ibíd.* Pág. 42.

la sección 3ª, y última, previendo que la tutela de los derechos en orden civil se encauce a través del juicio ordinario.⁶²²

En efecto, el proceso de amparo ordinario contencioso-administrativo es un proceso declarativo especial, preferente y de tramitación acelerada, destinado a la tutela de los derechos fundamentales respecto de las actuaciones administrativas vulneradoras de tales derechos. La particularidad de este proceso consiste en la especificidad del objeto que ha de estar dirigido a impugnar una actuación dictada por la Administración Pública sometida al Derecho Administrativo. La competencia para el desarrollo de este procedimiento se divide entre los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional o la Sala Tercera del Tribunal Supremo.⁶²³

El proceso especial contencioso-disciplinario militar se dedica a la defensa de los derechos fundamentales que resulten afectados como consecuencia de la aplicación de alguna de las sanciones fijadas en el régimen disciplinario de los militares. Deben acudir a este proceso todos aquellos que se encuentran sometidos a dicho régimen jurídico especial, lo que incluye a los miembros de la Guardia Civil. Posee las características de preferencia, sumariedad, especialidad y carácter plenario rápido como nota común a los demás amparos ordinarios.⁶²⁴

A su vez, la tutela procesal laboral de los derechos fundamentales está destinada a preservar o restablecer las vulneraciones a los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito del derecho laboral. Los trabajadores o sindicatos cuyos derechos fundamentales hayan sido vulnerados por el empresario en un conflicto de naturaleza laboral pueden

⁶²² GIMENO SENDRA, VICENTE y MORENILLA ALLARD, Pablo. *“Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo”*. Editorial Colex. 2003. Ob. Cit. Pág. 23.

⁶²³ *Ibíd.* Pág. 71.

⁶²⁴ CARRASCO DURÁN, MANUEL. *“Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Ob. Cit. Pág. 421.

utilizar la vía del amparo ordinario laboral. En este procedimiento también se presentan los rasgos de sumariedad, especialidad y carácter plenario rápido. El ámbito de protección se regula bajo la rúbrica “*de la tutela de los derechos de libertad sindical*”. Sin embargo, el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral extiende su aplicación a las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social.⁶²⁵

El procedimiento para la protección del derecho de reunión sigue una tramitación sencilla y antiformalista cuya finalidad es proporcionar una protección inmediata al ejercicio del derecho de reunión y manifestación en caso de prohibición o de propuesta de modificación. En particular, el derecho de reunión y manifestación es el medio para expresar públicamente reivindicaciones y opiniones sobre temas de actualidad del que dispone la gran mayoría de personas que no tienen acceso habitual a los medios de comunicación. El artículo 11 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión permite a los afectados, de no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibición u otras modificaciones propuestas, interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas.⁶²⁶

El proceso especial civil de amparo sumario del derecho de rectificación tiene por objeto la pretensión de reconocimiento del derecho de rectificación y la condena a un medio de comunicación social a publicar en dicho medio la rectificación pretendida. La pretensión ha de fundarse en la publicación de una noticia, en un medio de comunicación, que carezca de veracidad y que ocasione un perjuicio al destinatario de la noticia. A diferencia de los demás amparos ordinarios, el derecho de rectificación será solicitado a

⁶²⁵ *Ibíd.* Pág. 410.

⁶²⁶ *Ídem.* Págs. 373-374.

través del juicio verbal (artículos 250.1.1 y 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).⁶²⁷

La Ley nº 32/2002 derogó expresamente los preceptos sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y la modificación de los juicios penales rápidos, existiendo actualmente el Habeas Corpus como único procedimiento penal limitado a la tutela del derecho fundamental a la libertad. Su finalidad es obtener la revisión judicial de dicha detención, declarando su ilegalidad y restableciendo inmediatamente el derecho a la libertad o declarando ajustada a los fines constitucionales la detención practicada, sin que al amparo de este procedimiento puedan acumularse otras pretensiones. La competencia objetiva es de los Juzgados de Instrucción (artículo 2.1 de la Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento de Habeas Corpus) y según los párrafos 2 y 3 de dicha ley, también del Juzgado Central de Instrucción y el Togado Militar.⁶²⁸

El proceso de amparo electoral pretende asegurar que la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras esté sometida al control judicial, en los términos que establezca la Ley Electoral, conforme se enuncia en el artículo 70.2 de la Constitución. La Ley Orgánica del Régimen Electoral General ha instaurado procedimientos de control de las elecciones con el fin de observar en estos procesos el derecho fundamental al sufragio, activo y pasivo, y de residenciar las lesiones de dicho derecho fundamental en los Tribunales. El denominado contencioso electoral es subsidiario y corresponde primeramente a los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento preferente y sumario y, en caso de lesión al derecho a la tutela judicial efectiva, competirá al Tribunal Constitucional.⁶²⁹

En este proceso se pueden distinguir los recursos contra las resoluciones en materia de formación del censo electoral dictada por las

⁶²⁷ GIMENO SENDRA, VICENTE. MORENILLA ALLARD. *“Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo”*. Editorial Colex. 2003. Ob. Cit. Págs. 41-42.

⁶²⁸ *Ibíd.* Págs. 47; 55.

⁶²⁹ CARRASCO DURÁN, MANUEL. *“Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Ob. Cit. Págs. 447-454.

Delegaciones de la Oficina del Censo Electoral, que serán de competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo; impugnaciones contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral en materia de rectificación del censo en período electoral que han de interponerse ante el juez de Primera Instancia; el recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo contra los acuerdos de candidatos, efectuados por cualquiera de las Juntas Electorales; y, el recurso contencioso-administrativo electoral destinado a impugnar los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y resoluciones sobre la elección y proclamación de los presidentes de las Corporaciones Locales de competencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia en el caso de elecciones autonómicas o locales; y, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si las elecciones fueren generales o se refirieran al Parlamento europeo.⁶³⁰

ÁNGELA FIGUERUELO defiende que el recurso de amparo electoral afecta sólo a reclamaciones o impugnaciones sobre la proclamación de candidaturas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según artículo 49 de la LOREG, teniendo en principio por objeto los defectos e irregularidades que presenten dichas candidaturas.⁶³¹

El proceso especial de amparo civil, común a todos los derechos fundamentales (excepto los derechos al honor, intimidad y propia imagen; y de rectificación) se encuentra previsto en el artículo 249.1.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentándose como un procedimiento de carácter preferente. La pretensión civil de amparo es la petición de reconocimiento y de restablecimiento de un derecho fundamental, fundada en su violación por un particular y sustanciada en normas del Derecho Constitucional de incidencia en el Derecho Privado. La *causa petendi* de la pretensión de amparo viene determinada por la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, cometida por particulares. A diferencia de los demás procedimientos especiales de amparo, el amparo civil

⁶³⁰ GIMENO SENDRA y VICENTE. MORENILLA ALLARD, PABLO. *“Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo”*. Editorial Colex. 2003. Ob. Cit. Págs. 84-86; 90.

⁶³¹ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Notas acerca del recurso de amparo electoral”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Págs. 145-146.

radica en que el causante de la lesión o persona contra quien se dirige la pretensión es siempre un particular.⁶³²

La Constitución española, en su artículo 9.1, presenta base suficiente para sostener la denominada teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales que requirió esfuerzos doctrinales para explicar la trascendencia de tales derechos en la conformación de las relaciones jurídicas entre particulares y por la conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional que permite el recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que no concedan la protección solicitada para el derecho controvertido cuando la reclamación se suscita en materia de Derecho Privado, que conceptúa la extensión a las relaciones entre particulares de la eficacia de los derechos fundamentales como faceta necesaria del Estado social de derecho.⁶³³

GIMENO SENDRA ratifica esta idea alegando que cuando se invoca la vulneración de un derecho por primera vez ante los Tribunales ordinarios, dicha vulneración puede efectuarse mediante la individualización del derecho fundamental material infringido por un particular, pues en el amparo ordinario rige la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales. Sin embargo, si el Poder Judicial no satisficiera la pretensión de amparo, la invocación de la lesión ante el Tribunal Constitucional habrá de efectuarse como vulneración del derecho a la tutela, esto es, en calidad de amparo judicial ordinario y como violación del artículo 24.1 de la Constitución, puesto que el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional impide demandar en amparo constitucional, exclusivamente a un particular. La competencia para el conocimiento del recurso ordinario la tienen los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados del domicilio del demandante o el Tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental.⁶³⁴

⁶³² *Ibíd.* Pág. 25.

⁶³³ CARRASCO DURÁN, MANUEL. *“Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Ob. Cit. Pág. 398.

⁶³⁴ GIMENO SENDRA, VICENTE y MORENILLA ALLARD, PABLO. *“Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo”*. Editorial Colex. 2003. Ob. Cit. Págs. 25-29.

A su vez, el proceso civil de amparo especial del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen ha de estar sustanciado en la violación de los derechos del artículo 18.1 de la Constitución, pero frente a la misma el demandado puede oponer, en calidad de defensa material y como causa de justificación de la intromisión, intimidad o imagen del demandante, el libre ejercicio de algunas de las libertades de los artículos 16.1 o 20 de la Constitución, como son la libertad ideológica, de información o de expresión. Ostentan legitimación activa para la interposición de la pretensión de amparo de los derechos fundamentales en cuestión, los particulares titulares de tales derechos y, en su caso, el Ministerio Fiscal. Respecto de la responsabilidad de los medios de comunicación por la difusión de informaciones atentatorias al honor, el Tribunal Supremo ha recordado que la misma tiene carácter solidario (artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966), suponiendo que el afectado pueda demandar a cualquiera de los solidarios o a todos ellos.⁶³⁵

ÁLVAREZ CONDE destaca que los titulares primarios en orden a la protección de los derechos y libertades son los jueces ordinarios, que deben disponer de los mecanismos procesales adecuados para ejercer esta función. Sin embargo, las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional no son fácilmente deslindables y a tenor de la STC de 5 de abril de 1984 la supremacía de la Constitución no tolera la distinción de ambos planos como si fueren distintos e incommunicables con lo que se puede decidir por la relevancia constitucional de la cuestión y extender su función interpretadora a cualquier norma, acto o resolución.⁶³⁶

Los procesos de protección a los derechos fundamentales que hemos tratado en este apartado residen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria conforme hemos señalado. Sin embargo, nuestro objeto central de estudio versa sobre la actuación de la jurisdicción constitucional en la defensa de los derechos fundamentales. Nos corresponderá verificar cómo satisface el Tribunal Constitucional dicha protección por medio del amparo constitucional, lo que pasaremos a analizar en el siguiente apartado.

⁶³⁵ Ibíd. Págs. 33-36.

⁶³⁶ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *Curso de derecho constitucional. El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades*. Volumen I. Tecnos. 2008. Pág. 649.

6.1. EL AMPARO CONSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS, ÁMBITO DE PROTECCIÓN Y LEGITIMIDAD ACTIVA.

El recurso de amparo constitucional es un procedimiento de impugnación ante el Tribunal Constitucional en virtud del cual se protege al ciudadano de los actos de lesión o violación de sus derechos y libertades fundamentales y se le restablece o preserva en estos derechos. La sentencia del Tribunal Constitucional nº 130/89 lo define en los siguientes términos:

*“El recurso de amparo tiene carácter de remedio último, extraordinario y siempre subsidiario, reservado para aquellos supuestos en que el proceso ante los tribunales ordinarios haya sido ineficaz para preservar o restablecer al solicitante de amparo en la integridad del derecho fundamental vulnerado. Es decir, con los dos presupuestos procesales mencionados se persigue que los tribunales ordinarios hayan tenido ocasión de subsanar las lesiones constitucionales en que ellos mismos hayan podido incurrir o que hayan cometido los jueces y tribunales inferiores, cumpliendo así su función principal y dejando, de tal modo a este Tribunal realizar la suya, que, como queda dicho, es de carácter subsidiario”.*⁶³⁷

Es un medio de impugnación distinto del recurso de casación y procede no sólo contra leyes que violan derechos y libertades fundamentales sino también contra disposiciones, actos jurídicos y simple vía de hecho de los poderes públicos, según informa la sentencia del Tribunal Constitucional nº 153/88. Se diferencia no sólo del amparo ordinario, sino también del Habeas Corpus, cuyo objeto es más reducido y sus formalidades procedimentales son

⁶³⁷ GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. *“Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”*. DM Editor. Murcia. 2002. Pág. 101.

más estrictas; y del recurso contencioso-administrativo, a pesar de que también se plantea contra actos de la Administración.⁶³⁸ La nueva redacción del artículo 41.2 incorpora como impugnables por el recurso de amparo las omisiones de todos los poderes públicos del estado.

El recurso de amparo se configura como una de las técnicas que permite a los Tribunales Constitucionales asumir su papel de intérprete definitivo de los derechos fundamentales, porque su alcance no se limita a vincular el supuesto de hecho con el fallo que otorga o deniega amparo, sino que irradia además una jurisprudencia que va delimitando los perfiles concretos de los derechos fundamentales y libertades públicas.⁶³⁹

En el sistema constitucional español de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas, la protección jurisdiccional de los mismos no se asienta, como regla, en la intervención del Tribunal Constitucional, sino en la de los órganos de la jurisdicción ordinaria a los cuales la protección primaria queda encomendada. En efecto, el recurso de amparo constitucional se ha caracterizado por ser un medio extraordinario y suplementario de la normal y primaria tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que constitucionalmente se encomienda a los órganos judiciales ordinarios.⁶⁴⁰

El legislador ha ratificado, tanto en el artículo 43 como en el 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el carácter subsidiario de la intervención del Tribunal Constitucional en la defensa y protección de los derechos fundamentales, imponiendo para la viabilidad procesal del recurso de amparo, la invocación formal en esta vía del derecho fundamental presuntamente vulnerado y la necesaria observancia de los requisitos del previo agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial.⁶⁴¹

El artículo 43.1 dispone que *las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originados por disposiciones, actos jurídicos,*

⁶³⁸ *Ibíd.* Pág. 102.

⁶³⁹ CASCAJO CASTRO, JOSÉ L. y GIMENO SENDRA, VICENTE. *“El recurso de amparo”*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1984. Pág. 58.

⁶⁴⁰ BORRAJO INIESTA, IGNACIO. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO. FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1995. Págs. 121.

⁶⁴¹ *Ibíd.* Pág. 123.

omisiones o simples vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente. En ese caso el plazo será de veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

El artículo 44, a su vez, trata sobre recursos de amparo que tengan por base las violaciones de derechos fundamentales con origen en actos u omisiones de un órgano judicial para el cual el plazo fijado por la LOTC es de treinta días, a partir de la notificación sobre la resolución recaída en el proceso judicial, desde que cumplidos los requisitos de: agotamiento de los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial; que la violación sea imputable a una acción o omisión del órgano judicial, de modo inmediato y directo, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso originario al cual el TC no entrará a conocer; que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan luego sea conocida y habiendo lugar para ello.

El Tribunal Constitucional destaca desde su remota jurisprudencia acerca del asunto el carácter subsidiario del recurso de amparo, conforme se verifica en el Auto de inadmisión nº 8/1980:

“La Constitución al crear el amparo constitucional, lo configura no como una vía directa a la cual pueda acudir sin más cualquier ciudadano que entienda lesionado algunos de sus derechos o libertades reconocidos en los artículos 14 al 29 y 30.2 de la misma, sino, normalmente como un camino que se abre cuando ya se ha intentado, sin satisfacciones para el ciudadano, la defensa de aquellos derechos y libertades ante los Tribunales

*ordinarios, a los cuales se encomienda su tutela general”.*⁶⁴²

La jurisprudencia constitucional ha insistido en reiterar esta tesis en la cual la subsidiariedad es una de las características esenciales del amparo constitucional a lo largo del tiempo, como se aprecia en la sentencia n° 185/1990 que afirma:

*“Entre sus características esenciales está, efectivamente, la del carácter subsidiario, derivado de que la Constitución no lo contempla como una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los Tribunales ordinarios, a los que el artículo 53.2 encomienda la tutela general”.*⁶⁴³

Es decir, que en la relación entre el recurso de amparo constitucional y lo que se ha dado en llamar amparo judicial, la prioridad corresponde a éste, de manera que corresponde al legislador arbitrar los mecanismos procesales oportunos para garantizar este amparo judicial y a los propios jueces y Tribunales interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a que la tutela judicial pueda desarrollarse sin necesidad de acceder al amparo constitucional. Ello obliga a que el legislador arbitre los cauces procesales necesarios para garantizar que el recurrente no se vea abocado a este acceso directo al amparo constitucional, aunque no pueda articularse una sucesión ilimitada de recursos judiciales; pero obliga también a que el ordenamiento procesal se interprete desde la consideración de que la tutela de los derechos

⁶⁴² MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales”*. Editorial Colex. 1991. Pág. 98.

⁶⁴³ BORRAJO INIESTA, IGNACIO. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO. FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1995. Ob. Cit. Pág. 123.

fundamentales no corresponde ni primaria ni directamente al Tribunal Constitucional.⁶⁴⁴

Además, instituido el proceso de amparo por el legislador como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas cabe subrayar que la acción de amparo tan sólo puede ser ejercida en presencia de una lesión de tales derechos y libertades conforme se lo define el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al prever que el órgano del tribunal Constitucional que conozca del proceso de amparo limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, actuando de modo a que no opinará sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales..

En su sentencia nº 98/1981, el Tribunal Constitucional respecto del tema se pronunció en los siguientes términos:

*“La Constitución en su artículo 161.1, b), en relación con el 53.2 complementados ante su remisión, por los artículos 41.1 y 43.3 y 44.1, b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, exigen que el recurso de amparo sólo pueda fundarse en la infracción, por resolución firme, de los derechos y libertades establecidos en los artículos 14 a 29 de la propia Constitución; lo que supone, negativamente, que sin violación conocida y cierta de tales derechos y libertades resulta imposible alcanzar la finalidad de amparo prevenida, no pudiendo por ello aceptarse la mera invocación de su lesión, sin fundamento alguno que justifique su real presencia, de acuerdo con el contenido esencial que nutra a aquéllos”.*⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Ibíd. Págs. 124-125.

⁶⁴⁵ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales”*. Editorial Colex. 1991. Ob. Cit. Pág. 100.

En lo que respecta a los derechos protegidos por el recurso de amparo, el constituyente ha estimado que algunos derechos fundamentales, dada su especial importancia, deben gozar de una tutela judicial y constitucional específica que se ofrece a través del sistema de protección apuntado por el artículo 53.2 de la Constitución. En efecto, toda la Constitución se encuentra protegida mediante los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, pero esta protección se ofrece frente al legislador y mediante un sistema de legitimación limitado en el recurso de inconstitucionalidad y mediata en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que sólo pueden instarla los órganos judiciales.⁶⁴⁶

Los artículos 53.2 de la Constitución y 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no ofrecen elementos expresos que permitan excluir del recurso de amparo ningún componente del contenido de los artículos 14 al 30 de la Constitución. No obstante, el Tribunal Constitucional, a título excepcional, ha excluido algunas cuestiones puntuales del ámbito de protección del amparo aun cuando están directamente reguladas en dichos preceptos, pues en la medida en que los artículos 14 al 30 de la Constitución regulen instituciones que no sean materialmente derechos o libertades, no podrán basarse recursos de amparo en estas instituciones.⁶⁴⁷

GÓMEZ AMIGO aduce que, a pesar de que la protección reforzada del recurso de amparo supone que no pueda extenderse a derechos y libertades distintos a los reconocidos en los artículos 14 al 19 y 30.2 de la Constitución, es lógico realizar una interpretación extensiva de tal ámbito, de manera que otros derechos puedan ser protegidos por este proceso de modo indirecto, especialmente porque el derecho de igualdad del artículo 14 puede darse en conexión con otros, cabiendo introducir a éstos en dicha protección reforzada a través de aquél. La construcción de inmediatez-mediatez de las lesiones que se efectúa es válida si se entiende en un sentido instrumental,

⁶⁴⁶ PÉREZ TREMP, PABLO. *“El recurso de amparo”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Pág. 47.

⁶⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 50. Hay, al menos, tres cuestiones ajenas al recurso de amparo en este contexto: el deber de colaboración del Estado con la iglesia católica, los principios relativos al sistema punitivo y penitenciario, y los apartados 8 y 9 del artículo 27 de la Constitución.

pero desde una perspectiva causal de la vulneración del principio de igualdad.⁶⁴⁸

El referido autor reflexiona acerca de una interpretación extensiva que venga a incluir en el ámbito de protección del recurso de amparo los intereses difusos y colectivos a pesar de su nota característica de imprecisión. En cuanto a las dificultades que plantearía la indeterminación respecto de la legitimación activa podrían encontrar solución a través de la constitucionalización que el artículo 24 de la Constitución efectúa de la tutela de los intereses legítimos. En la medida que esta difusión subjetiva pueda reconducirse a la figura del interés legítimo, dichos intereses podrían someterse al amparo constitucional. El mayor problema estaría en la imprecisión objetiva de los derechos difusos y colectivos, pues la mayor parte de estos intereses se generan en torno a los principios de la política social y económica.⁶⁴⁹

Respecto del primer aspecto, la defensa de los intereses difusos y colectivos en amparo constitucional podría ser ejecutada por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal que poseen legitimación para interponer el recurso de amparo, sin exigírseles ninguna relación especial con el interés que defienden. No obstante, entiende el autor que la imprecisión objetiva se demostraría insalvable por depender del orden económico y social más que del orden jurídico, lo que significaría que su tutela en el recurso de amparo únicamente puede ser refleja.⁶⁵⁰

GÓMEZ SÁNCHEZ entiende que no procede interponer el recurso de amparo por violación de los derechos contenidos en los Tratados internacionales salvo que un derecho en cuestión se encuentre en el ámbito protegido por la Constitución, con lo que si el derecho internacionalmente protegido también está protegido constitucionalmente por el recurso de

⁶⁴⁸ GÓMEZ AMIGO, LUIS. *“La sentencia estimatoria del recurso de amparo”*. Aranzadi Editorial. Navarra. 1998. Pág. 57.

⁶⁴⁹ *Ibíd.* Págs. 60-61.

⁶⁵⁰ *Ídem.* Pág. 62.

amparo, el Tribunal Constitucional debe interpretarlo de conformidad con la norma internacional tal y como dispone el art. 10.2 de la Constitución.⁶⁵¹

Tendrán capacidad para ser parte en el recurso de amparo quienes tienen aptitud de ser titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas que a través de él se tutelan. Se reconoce capacidad para ser parte tanto a las personas físicas como a las jurídicas. La capacidad procesal permite ser parte a cualquiera que sostenga ser titular del derecho fundamental lesionado por una resolución de los poderes públicos. Todos aquellos que tienen capacidad para ser titulares de derechos fundamentales (personas físicas y jurídicas, extranjeros y en algunos casos hasta formaciones o grupos sociales) pueden estar legitimados activamente para proponerlo.⁶⁵²

En lo que respecta a los extranjeros, PÉREZ TREMPs aduce que la legitimidad de éstos permite no identificar ciudadano con nacional, sino en el sentido más amplio de identificar ciudadano con persona natural.⁶⁵³ En efecto, el tenor literal de algunos preceptos reguladores de los derechos fundamentales se extiende también a los extranjeros, considerando su titularidad de los derechos fundamentales, con las únicas excepciones del derecho a sufragio y el derecho a participar en los asuntos políticos (artículos 13.2 y 23 de la Constitución). En cambio, se hace una interpretación restrictiva acerca de la legitimidad de un particular para interponer un recurso en defensa de los derechos de los colectivos, pues el Tribunal ha rechazado acciones tendentes a proteger derechos de terceros, ni siquiera difusos, a quienes no son sus representantes, conforme se desprende de la sentencia nº 158/1992.⁶⁵⁴

En relación a las personas jurídicas, la titularidad de algunos derechos fundamentales va a requerir tener presente que el alcance del

⁶⁵¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *“Derecho constitucional europeo: derechos y libertades”*. Sanz y Torres. Madrid. 2005. Pág. 456.

⁶⁵² CASCAJO CASTRO, JOSÉ L. GIMENO SENDRA, VICENTE. *“El recurso de amparo”*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1984. Ob. Cit. Pág. 68.

⁶⁵³ PÉREZ TREMPs, PABLO. *“El recurso de amparo”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Ob. Cit. Pág. 158.

⁶⁵⁴ CORDÓN MORENO, FAUSTINO. *“El proceso de amparo constitucional.”*. Editorial La Ley. Madrid. 1992. Pág. 48.

derecho no tiene por qué ser idéntico al que se posea en relación con las personas naturales, lo que incidirá, en su caso, en la legitimación para petitionar su protección. Por lo que respecta a las personas jurídico-públicas, la diversificación en las formas de actuación del poder público y la consiguiente proliferación de formas de personificación jurídico-pública hace que algunos derechos fundamentales aparezcan como vinculables a personas jurídico-públicas, muy singularmente el derecho a la tutela judicial efectiva y algunas garantías procesales consagradas en el artículo 24 de la Constitución.⁶⁵⁵

Es interesante subrayar, aunque se trate de un caso muy particular, que el Tribunal Constitucional ha aceptado la legitimación de un miembro de un colectivo para recurrir frente a una lesión de derechos del colectivo sin personalidad, conforme ocurrió en la sentencia nº 214/1991, respecto a la legitimación de una persona superviviente de un campo de concentración para defender el derecho al honor del pueblo judío. Además se ha admitido la legitimidad de asociaciones, sindicatos o partidos políticos para recurrir en amparo frente a lesiones de sus miembros, como se verifica en la sentencia nº 141/1985. Todavía puede destacarse que también se ha admitido la legitimación de entes de base asociativa aunque carecían de personalidad jurídica, como es el caso de los grupos parlamentarios, según se acepta en la sentencia nº 81/1991.⁶⁵⁶

6.2. ACTOS DEL PODER PÚBLICO SUSCEPTIBLES DE IMPUGNACIÓN.

La dificultad para enunciar un concepto unitario de recurso de amparo tiene su origen en la existencia de tres recursos de amparo distintos en función de que la vulneración provenga del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. Las violaciones de los derechos y libertades

⁶⁵⁵ PÉREZ TREMPES, PABLO. *“El recurso de amparo”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Ob. Cit. Págs.163-164; 173.

⁶⁵⁶ *Ibíd.* Págs. 172-173.

susceptibles de protección por la vía de amparo constitucional, pueden surgir de disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos. Se pueden sistematizar del siguiente modo:

“a) En orden a las Cámaras, ha de tratarse de decisiones o actos sin valor de Ley – artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

b) Por referencia a los actos de la Administración, en su sentido más amplio y a fin de no volver sobre el tema de fijación de en qué sentido ha de interpretarse la expresión <<poderes públicos>>, se habla de <<disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho>> - artículo 43.1 – es decir, se da plena coincidencia con la determinación del artículo 41.2.

c) Finalmente, por referencia a los órganos judiciales, ha de tratarse de <<un acto u omisión judicial>>, pero, matizando todavía más, con <<origen inmediato y directo>> en tal acto u omisión – artículo 44.1.⁶⁵⁷

Hay que destacar que tras la reforma de 2007 las omisiones de los poderes públicos que lesionen derechos fundamentales pueden dar causa a los recursos de amparo.

6.2.1. Amparos frente a los actos del Poder Legislativo.

El requisito del agotamiento de la vía judicial previa es determinado, de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en términos de que sólo cabe acudir directamente a la vía del amparo constitucional cuando el acto lesivo del derecho fundamental o libertad pública de que se trate es un acto o decisión sin fuerza de ley emanado del Poder Legislativo, de las Asambleas

⁶⁵⁷ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales”*. Editorial Colex. 1991. Ob. Cit. Pág. 109.

Legislativas de las Comunidades Autónomas o de cualquiera de sus órganos. En los demás casos, es preciso acudir previamente al amparo ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria o agotar los recursos que quepan dentro de la vía judicial.⁶⁵⁸

En efecto, estos supuestos contemplados en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hacen referencia a la violación de derechos o libertades fundamentales ocasionada por actos o decisiones de las Cámaras acordados en el ámbito material de su actuación. Por esto, su exclusión de la exigencia de agotar la vía judicial previa no se realizaría en atención a la naturaleza legislativa del acto en sí, sino por consideración al sujeto del que emana, que es el órgano detentador de la soberanía popular. Esta cualidad dotaría a sus actuaciones de una especial transcendencia, que la Ley Orgánica se habría preocupado de preservar no sometiéndolas a la fiscalización de la jurisdicción ordinaria.⁶⁵⁹

Son susceptibles de control a través del juicio de amparo todos los actos realizados por órganos de las Cámaras, pero siempre que actúen de modo colegiado, no permitiéndose los actos realizados individualmente o en grupo por los parlamentarios. En este último caso, la litigiosidad que las actuaciones particulares de Diputados o de grupos parlamentarios puedan ocasionar habrá de ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que agotada la vía judicial, se pueda impetrar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por aplicación del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los actos internos de las Cámaras legislativas, como regla general, no son susceptibles de recurso por ser actos producidos en las relaciones entre la Cámara y sus miembros y carentes de relevancia jurídica para terceros. Excepcionalmente, el Tribunal Constitucional ha admitido el control sobre determinados actos que afectan al artículo 23 de la Constitución donde se contemplan los derechos de participación.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ CORDÓN MORENO, FAUSTINO. *“El proceso de amparo constitucional”*. Editorial de la Ley S.A. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 63.

⁶⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 64.

⁶⁶⁰ GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. *“Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”*. DM Editor. Murcia. 2002. Ob. Cit. Pág. 104.

Cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa que afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento interno de la Cámaras queda sujeto no sólo a las normas de procedimiento que en su caso establezca la Constitución, sino, asimismo, al conjunto de normas materiales que en la misma Constitución se contienen. Aunque se presente la figura de la inmunidad parlamentaria la CE no exige de responsabilidad los actos que sean abusivos.⁶⁶¹

En cuanto a las especialidades procesales que origina este recurso, destaca la necesidad de agotar previamente la vía parlamentaria de control interno, o sea, de hacer la “*solicitud de reconsideración*” ante el propio órgano que dictó el acto y que otorga firmeza a los actos parlamentarios que vulneren un derecho fundamental. A diferencia de lo que ocurre en las otras dos especies de amparo, la vía previa que ha de agotarse con carácter general no será la vía judicial, puesto que los actos parlamentarios, en regla, no son fiscalizables por los tribunales ordinarios. Excepcionalmente los actos referentes a personal y administración son impugnables ante la jurisdicción, adquiriendo firmeza solamente cuando se haya cumplido este trámite. Cabe subrayar que el plazo para interponer el recurso de amparo frente al Parlamento es de tres meses, computados de fecha a fecha desde que adquiere firmeza la resolución que se recurre.⁶⁶²

6.2.2. Amparos frente a los actos de la Administración Pública.

Según el artículo 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las violaciones de los derechos y libertades originadas por

⁶⁶¹ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*En torno a las garantías del sistema parlamentario español*”. Temas de Derecho Público. Nº 26. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pág 45. Véase también: FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*Prerrogativas parlamentarias y quiebra del principio de igualdad*”. Revista de las Cortes Generales. Nº 17. 1989; FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*El grado de suficiencia en la motivación del suplicatorio y la doctrina del Tribunal Constitucional*”. Revista de las Cortes Generales. Nº 27. 1992; FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*Derechos fundamentales y abuso de inmunidad*”. La Ley. Año X. Nº 2160.

⁶⁶² *Ibíd.* Pág. 105.

disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes, podrán autorizar el uso de recurso de amparo cuando se haya agotado la vía judicial previa, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución.

El plazo para interponer este tipo de recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la resolución recaída en el previo proceso judicial.

Actualmente tal y como está configurada en el orden jurídico español la vía previa es la contencioso-administrativa conforme está previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. MONTORO PUERTO aduce que las disposiciones, objeto de esta clase de amparo, equivalen a normas reglamentarias, pero su cuestionamiento ha de referirse acerca de la violación de un supuesto concreto, sin posibilidad de impugnación de la inconstitucionalidad de dicho reglamento, conforme se deduce del Auto del Tribunal Constitucional nº 282/1984:

“Lo que se pide es, pues, que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de un reglamento y anule una serie determinada de actos que, a juicio del recurrente, están radicalmente viciados por la aplicación de dicha norma, pretensión que ha de ser rechazada, o por mejor decir, que en esta fase conduce a la declaración de inadmisibilidad del recurso de amparo desde el punto en que se halla fuera del marco o ámbito propio de este tipo de recursos, evidentemente no establecido para el logro de declaraciones de inconstitucionalidad de normas reglamentarias, y sí para la reparación de vulneración de derechos y libertades fundamentales, concretamente producidas, aunque ello

*pueda acaecer consecuentemente a la aplicación de ordenaciones de aquella índole”.*⁶⁶³

Los actos jurídicos sujetos a esta especie de amparo han de ser entendidos como actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y, por vía de la Disposición Transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, habrá de tratarse de actos jurídicos para cuyo conocimiento puedan ser residenciados en la jurisdicción contencioso-administrativa, como vía previa. Conviene subrayar que a pesar de los términos del artículo 106.1 de la Constitución no toda la actividad de la Administración queda sometida al control de los Tribunales, con lo que se reabre la polémica acerca de si en la actualidad es posible hablar de “actos políticos del Gobierno”. MONTORO PUERTO entiende que, según los términos del artículo 97 de la Constitución, no solamente es posible, sino que es necesario distinguir entre Gobierno y Administración, caracterizada la diferencia por el hecho de que el Gobierno representa una doble actividad que comprende los actos políticos y su faceta administrativa; en cambio, la Administración se reviste solamente de ésta última. Así se lo ha entendido el Tribunal Constitucional en el Auto nº 63/1983:

“Conviene puntualizar que la omisión, o desde la calificación que hacen los recurrentes, la presunción de acto, de significado negativo, cuya autoridad se atribuye al Gobierno, no se enlaza con una propia actuación administrativa u, obviamente, con el ejercicio de potestad reglamentaria, que es lo sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo previsto en el artículo 106.1 de la Constitución...Por otra parte, no estamos es presencia de una actividad política, productora en sí de una violación de derechos o

⁶⁶³ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales”*. Editorial Colex. 1991. Ob. Cit. Pág. 110.

*libertades, que estaría sujeta al amparo constitucional y, previamente, al control por la vía de la Ley nº 62/1978, atribuida también a la jurisdicción contencioso-administrativa. Con ser cierto que el Gobierno, debe promover las condiciones para la efectividad de los derechos fundamentales, no podrá decirse que en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, pueda articularse una pretensión como la que hizo valer ante la Sala tercera del Tribunal Supremo y dirigida a provocar una acción legislativa...*⁶⁶⁴

Sin embargo, PÉREZ MORALES aclara que están comprendidos los actos administrativos de toda clase también impugnables ante el Poder Judicial y los actos políticos no sometidos al Derecho Privado. Además, se engloban las actuaciones materiales de la Administración sin cobertura formal en una decisión administrativa previa como los supuestos de inactividad que supongan vulneración de derechos fundamentales, y la simple vía de hecho, entendida ésta como los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración faltos de cobertura legal o de protección en un título jurídico concreto, conforme se desprende de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 22/1984.⁶⁶⁵

Será imprescindible agotar los recursos judiciales previstos que se interpondrán ante la jurisdicción contencioso-administrativa, requisito éste que será certificado al tiempo de plantear el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. A pesar de que en la mayoría de las ocasiones la vía judicial precedente sea la contencioso-administrativa, en supuestos muy concretos son otras las jurisdicciones competentes. Tal ocurre en los casos en que la vulneración haya tenido su origen en un órgano militar puesto que hay que recurrir ante la jurisdicción militar; así como en los casos de infracción por la Administración penitenciaria cuyo control previo corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 114.

⁶⁶⁵ GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. “*Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*”. DM Editor. Murcia. 2002. Ob. Cit. Pág. 106.

⁶⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 107.

6.2.3. Amparo frente a actos u omisiones del Poder Judicial.

El artículo 44. 1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que el Tribunal Constitucional en ningún caso entrará a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en que se produjo la posible violación de un derecho o libertad. Este precepto es completado con el artículo 54 de la misma ley que determina que la Sala o la Sección limitará su función, al conocer del amparo constitucional, a concretar si se han violado derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

CASTILLO RIGABERT afirma que la influencia que sobre lo decidido en el proceso previo tenga la sentencia del Tribunal Constitucional estará en función de dos cuestiones: *“a) de si la violación del derecho fundamental se ha producido en la propia resolución que puso fin al proceso o en un momento procesal anterior; b) del tipo de derecho fundamental que se haya violado en el caso concreto”*. Si la violación del derecho fundamental se ha ocasionado por una resolución de carácter interlocutorio, el autor entiende que el Tribunal Constitucional deberá decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de cuando se produjo dicha violación; si la violación ha sido cometida en la sentencia definitiva, la resolución del Tribunal Constitucional estará en función del derecho o libertad violado; si resulta vulnerado un derecho fundamental de carácter procesal, el Tribunal Constitucional deberá anular lo actuado desde el momento que la violación se produjo; por último, si el derecho fundamental es de carácter sustantivo, el Tribunal Constitucional dictará sentencia decidiendo definitivamente el caso y señalando en qué medida queda alterada la resolución del proceso ordinario.⁶⁶⁷

En efecto, conforme hemos enunciado, los actos u omisiones del órgano judicial podrán dar lugar a esta especie de recurso de amparo cuando se cumplan los siguientes requisitos: agotamiento de los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro

⁶⁶⁷ CASTILLO RIGABERT, FERNANDO. *“La admisión del recurso de amparo”*. Universidad de Murcia. 1991. Pág. 77.

de la vía judicial; que la violación sea imputable a una acción o omisión del órgano judicial, de modo inmediato y directo, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso originario al cual el TC no entrará a conocer; que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional en cuanto sea conocida y haya lugar para ello.

El plazo para interponer el recurso será de treinta días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, a tenor del artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es necesario destacar que, con referencia al requisito de agotamiento previo de los recursos, no se puede olvidar que éstos se distinguen según la manifestación de la jurisdicción de que se trate y el proceso concreto en que se produzca la lesión. En la sentencia del Tribunal Constitucional nº 29/1983, éste ha interpretado racionalmente esta exigencia declarando que los recursos que deben ser utilizados para agotar la vía judicial son los que sean razonablemente exigibles, con objeto de que los órganos del orden judicial, a los que corresponde la tutela general de los derechos fundamentales, puedan satisfacer su función.⁶⁶⁸

Respecto a la invocación formal del derecho constitucional vulnerado, su finalidad es conceder oportunidad al propio órgano judicial para que pueda argumentar y pronunciarse sobre lo que luego constituye el motivo y fundamento del amparo, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria en función del principio de subsidiariedad. En la sentencia del Tribunal Constitucional nº 11/1982, se reforzó que dicho requisito tiene el sentido de facilitar que los jueces y Tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, por lo que el principio *iura novit curia* queda reforzado por la necesidad de una invocación formal que permita al juzgador valorar en términos de derecho la cuestión suscitada.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ CORDÓN MORENO, FAUSTINO. *“El proceso de amparo constitucional”*. Editorial de la Ley S.A. Madrid. 1992. Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 108.

Se postula que en el curso de una actividad judicial, la lesión al derecho o libertad derive del propio órgano judicial. El Auto nº 1133/1987 del Tribunal Constitucional es esclarecedor acerca del asunto:

“El recurso de amparo tiene por objeto proteger derechos fundamentales frente a violaciones imputables a poderes públicos y no conocer sobre hechos delictivos pertenecientes a la jurisdicción penal, ni proceder a nombramientos de Abogados y Procuradores para que promuevan procesos ordinarios... En atención a ello procede apreciar falta de jurisdicción para conocer de lo pretendido por dicho recurrente, pues, en definitiva, el objeto de su petición es que este Tribunal subsane la negativa, genéricamente afirmada, de abogados y procuradores a encargarse del ejercicio de acciones civiles y penales que el mismo les ha encomendado y ello, aún de haberse producido en los términos totales que afirma, no constituye acto del poder público que sea residenciable en esta vía de amparo, ni materia propia del mismo.”⁶⁷⁰

La actuación sometida a enjuiciamiento ha de ser la de órganos integrantes del Poder Judicial en el sentido previsto en el artículo 117 de la Constitución, esto es, de los órganos con potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Quedan excluidos los órganos que tienen naturaleza privada al margen de que sus funciones sean las de resolver conflictos entre particulares, como los institutos de mediación y arbitraje, por ejemplo.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales”*. Editorial Colex. 1991. Ob. Cit. Pág. 117.

⁶⁷¹ GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. *“Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”*. DM Editor. Murcia. 2002. Ob. Cit. Pág. 109.

6.3. CRISIS Y REFORMA DEL PROCESO DE AMPARO.

SÁNCHEZ MORÓN precisa que las causas que han originado la actual crisis del recurso de amparo son: a) su incorrecta y frecuente consideración como una tercera instancia judicial; b) el prestigio de las bien fundadas decisiones del Tribunal; c) su carácter antiformalista y gratuito y la sencillez de sus trámites; d) la amplitud material del objeto de la impugnación; e) las imperfecciones legales del filtro que supone el trámite de admisión; f) unido todo ello al límite constitucional infranqueable que supone atribuir en exclusiva la resolución de estos recursos a los doce magistrados del Tribunal Constitucional.⁶⁷²

Siguiendo la denuncia de CRUZ VILLALÓN, que en 1992 ya apuntaba la crisis funcional del recurso de amparo constitucional debido a su tramitación dilatada y consecuente retraso de entre cinco y diez años de los procesos constitucionales de control de constitucionalidad, así como las dilaciones indebidas en la justicia ordinaria ayudadas por el recurso constitucional, CARMONA CUENCA acrece las causas de la excesiva multiplicación de los recursos de amparo constitucional: a) la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva - y, en menor medida, del principio de igualdad en su faceta de igualdad en la aplicación de la ley – como derechos tutelables en amparo; b) y, la insuficiente regulación del recurso de amparo ordinario o judicial para la defensa de los derechos fundamentales.⁶⁷³

El derecho a la tutela judicial efectiva aparece constitucionalmente configurado como un derecho fundamental de la persona con gran importancia porque constituye el instrumento de defensa que el Estado pone en manos de la persona como medio que viene a sustituir a la autotutela haciéndolo

⁶⁷² SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *“El recurso de amparo constitucional. Naturaleza jurídica, características actuales y crisis”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. Pág. 76.

⁶⁷³ CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *“La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”*. Universidad de Alcalá. Alcalá. 2005. Pág. 76.

configurado de tal modo que la Constitución se le reconoce el máximo de garantías posibles.⁶⁷⁴

ÁNGELA FIGUERUELO destaca que la mayor parte de los recurrentes en amparo que alegan violación de las garantías jurisdiccionales y procesales contenidas en el artículo 24 lo hacen por el interés de intentar ante el Tribunal Constitucional una última batalla en defensa de derechos que no lograron hacer valer ante la jurisdicción ordinaria. Incluso se ha utilizado el recurso de amparo con la simple intención de alargar en el tiempo la ejecución de una sentencia adversa, posibilitando destacar que:

- a) *Dada la estructura lógica de norma jurídica que tiene el artículo 24.1, el derecho a la jurisdicción es directamente invocable ante los tribunales de justicia, fundamentándose en dicha norma tanto el petitum de la demanda como una sentencia judicial. Además, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I vinculan a todos los poderes públicos. De ahí la aplicación directa de las normas que regulan el derecho a la tutela jurisdiccional que a su vez pone de relieve la fuerza derogatoria de la norma constitucional respecto a normas anteriores que supongan una contravención de dicho principio.*
- b) *El artículo 53.1 de la Constitución ha establecido un principio de reserva de ley a dichos derechos. De la relación de este precepto con el artículo 81 de la misma Carta Magna se desprende que se trata de una reserva de Ley Orgánica para cuya*

⁶⁷⁴ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. "El derecho a la tutela judicial efectiva". Tecnos. 1990. Madrid. Pág. 55.

aprobación requiere un quórum especial que no permite al legislador reformarlo a partir de un sencillo proceso.

*c) Como derecho fundamental que es le corresponde una tutela jurisdiccional reforzada sólo prevista para los derechos de la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I de la Constitución, mediante un procedimiento reforzado de preferencia y sumariedad. Y, en el caso de que resultara ineficaz la reclamación de los particulares ante los órganos ordinarios de justicia, queda expedita la vía para la interposición de un recurso constitucional de amparo ante el Tribunal Constitucional que tendrá la última palabra en materia de protección y tutela del citado derecho fundamental”.*⁶⁷⁵

ÁNGELA FIGUERUELO esclarece que este derecho es distinto del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, aunque en él se comprenda la posibilidad de acceder a los Tribunales y pedir tutela. En la interpretación del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela efectiva no se reduce a garantizar el mero acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que se pueda predicar un cierto entendimiento del mismo como “*derecho al proceso*”, en el que se integran el derecho de acceso a los Tribunales y el derecho a pedir tutela, la cual se entiende concedida cuando se obtiene una decisión judicial fundada en derecho, ya sea favorable o adversa, sobre las pretensiones deducidas. En la sentencia nº 22/1981 el Tribunal Constitucional se pronunció del siguiente modo:

⁶⁷⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*El recurso de amparo: estado de la cuestión*”. Biblioteca Nueva. Madrid. 2001. Págs. 56-57.

*“El artículo 24 de la Constitución española supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a obtener una tutela efectiva de dichos tribunales sin que, como se dice textualmente en el referido artículo, en ningún caso pueda producirse indefensión. (...) la tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión, fundada en derecho, ya sea favorable o adversa... Pero nuestro texto constitucional no se limita a reconocer el llamado derecho a la jurisdicción (artículo 24.1), sino que el proceso además se desarrolle con las debidas garantías (artículo 24.2)”*⁶⁷⁶

Luego en la STC 11/1982 el Tribunal Constitucional definió que el concepto de la tutela efectiva comprende el interés de obtener una resolución fundada en derecho, que habrá de ser sobre el fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas una vez que concurren todos los requisitos procesales para ello.⁶⁷⁷

Sin embargo, cualquier infracción de las normas procesales, como también la aplicación correcta de ciertas normas procesales contrarias a la Constitución, podría traducirse en violación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24, si así lo invoca el recurrente de amparo y así lo estima el Tribunal Constitucional. La práctica demuestra que el recurrente considera en numerosas ocasiones que cualquier actuación del juez que le perjudique es lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva, en general para retrasar la ejecución de sentencias desfavorables. El problema que ponen de manifiesto algunos autores es que la extensiva interpretación del Tribunal Constitucional acerca del contenido de dicho derecho ha contribuido a la

⁶⁷⁶ *Ibíd.* Págs. 60-61.

⁶⁷⁷ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El emplazamiento personal y directo (art. 64 LJCA) como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”*. La Ley. Año VII. N° 1546. Pág. 01.

multiplicación de recursos de amparo mediante su generosa configuración de la relevancia constitucional de las infracciones procesales.⁶⁷⁸

Sin embargo, la actuación del Tribunal Constitucional como última y extraordinaria protección de la tutela efectiva, en cuanto derecho fundamental, permite al juez constitucional otorgar la protección solicitada sin invadir el campo de la justicia ordinaria, pero resguardando que en caso de indefensión se mande retrotraer las actuaciones al momento en que dicha violación se haya producido.⁶⁷⁹

Por todo ello, se ha propuesto la exclusión de los derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución y en el artículo 14, en lo que se refiere a la igualdad en la aplicación de la ley respecto del ámbito de protección de dicho procedimiento de amparo o el establecimiento de un régimen más restrictivo para las demandas que se fundamenten en este precepto constitucional. Otra de las causas de la excesiva multiplicación de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional que se ha citado es la falta de desarrollo legislativo del llamado amparo judicial, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución.⁶⁸⁰

ÁNGELA FIGUERUELO afirma que, además de las dificultades provenientes del derecho a la tutela judicial efectiva (que en todo caso se presenta como importante instrumento de protección a los derechos fundamentales y libertades públicas), el incumplimiento por el legislador del desarrollo definitivo del artículo 53.2 de la Constitución creando un proceso de amparo ordinario, que unificando la dispersión de vías existente, proteja los derechos fundamentales y libertades públicas ante la jurisdicción ordinaria, la insuficiente reforma efectuada por la Ley nº 6/1988 que reformó el trámite de admisión del recurso de amparo, unido a la práctica hipergarantista del propio

⁶⁷⁸ CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *“La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”*. Universidad de Alcalá. Alcalá. 2005. Ob. Cit. Pág. 78.

⁶⁷⁹ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Amparo y casación civil”*. La ley. Año VIII. Nº 1801. Pág. 04.

⁶⁸⁰ CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *“La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”*. Universidad de Alcalá. Alcalá. 2005. Ob. Cit. Pág. 81.

Tribunal en los primeros años de su funcionamiento son las principales causas de la situación del colapso que en la actualidad sufre la Corte Constitucional.⁶⁸¹

Ante la avalancha de recursos de amparo en el Tribunal Constitucional, surgieron varias propuestas de reforma de este instituto jurídico constitucional.

La primera propuesta fue realizada por Presidente del Tribunal Supremo, en 1994, proponiendo que se retirara la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los recursos de amparo constitucional como consecuencia de la violación de las garantías procesales del artículo 24 de la Constitución, reservando esta competencia a la jurisdicción ordinaria. La propuesta fue rechazada por su inconstitucionalidad, pues el artículo 53.2 de la Constitución no permite exclusión de dichos derechos.⁶⁸²

Respecto a esta propuesta no parecería procedente reducir el ámbito objetivo del amparo constitucional restringiendo el círculo de los derechos protegidos ni tampoco es posible restringir la legitimación subjetiva, observando que la competencia del Tribunal Constitucional en materia de amparo es asegurar los derechos a partir de cada caso a los ciudadanos que no poseen legitimidad para proponer la cuestión de inconstitucionalidad.⁶⁸³

El modelo de objetivación propuesto por la doctrina reduce la dimensión subjetiva del amparo, menoscabando el derecho a la tutela judicial efectiva que ha arraigado entre los ciudadanos y generaría inseguridad y pérdida de confianza en el sistema de protección de derechos.⁶⁸⁴

En seguida, un sector de la doctrina se pronunció por un desarrollo legal adecuado de las previsiones constitucionales referidas al recurso de amparo ordinario que ha tenido un desarrollo fragmentario, ineficaz e incompleto. El desarrollo es incompleto porque no se ha previsto ningún

⁶⁸¹ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El recurso de amparo: estado de la cuestión”*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2001. Ob. Cit. Pág. 75.

⁶⁸² *Ibíd.* Pág. 81.

⁶⁸³ PÉREZ TREMPES, PABLO (Coordinador). ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH. ARAGÓN REYES, MANUEL. CARRILLO, MARC. VIVER I PI-SUNYER, CARLES. *“La reforma del recurso de amparo”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Págs. 281-282.

⁶⁸⁴ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Veintitrés años de recurso de amparo”*. Revista de Derecho Político. N^{os} 58-59. 2003-2004. Pág. 349.

sistema que permita la impugnación de las garantías fundamentales procesales a través de recursos eficaces y rápidos. Los problemas vienen de la mano del disperso contenido que las normas legislativas han ido dando a lo largo del tiempo a las vías de amparo ordinarias en función del poder público causante de la violación y del órgano judicial ordinario que debe conocer del caso.⁶⁸⁵

Por fin, encontramos las propuestas dirigidas a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda inadmitir las demandas de amparo por motivos de oportunidad, seleccionando los casos de los que va a conocer tanto por su relevancia práctica como conceptual. Se plantea una especie de *writ of certiorari*, institución de los sistemas de *common law*, que parte de una concepción del recurso de amparo como cauce de tutela objetiva de derechos fundamentales. En este supuesto, el Tribunal Constitucional no debería conocer de todas las vulneraciones, sino únicamente de aquellas que por su importancia para la defensa objetiva de la Constitución y la concreción de los derechos fundamentales así lo exigieran.⁶⁸⁶

Otra posibilidad consistía en atribuir al Tribunal Constitucional capacidad para rechazar recursos de amparo no sólo por motivos de forma, sino también de fondo en fase de admisión. Los motivos se proponían en los casos en que el recurso presentado tenga escaso o nulo interés constitucional, y cuando el perjuicio causado no sea especialmente grave.⁶⁸⁷

En el seminario organizado por la Asociación de Constitucionalistas de España y el Instituto de Derecho Público Comparado y el Departamento de Derecho Público del Estado, ambos de la Universidad Carlos III, en abril de 2003, la idea central en la mayoría de las ponencias e intervenciones fue habilitar legalmente al Tribunal Constitucional para seleccionar los casos importantes en su dimensión objetiva sin abandonar totalmente la dimensión subjetiva. La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 2007, aceptó las últimas propuestas, implementando un sistema de elección objetiva y

⁶⁸⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El recurso de amparo: estado de la cuestión”*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2001. Ob. Cit. Pág. 91.

⁶⁸⁶ *Ibíd.* Pág. 84.

⁶⁸⁷ CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *“La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”*. Universidad de Alcalá. Alcalá. 2005. Ob. Cit. Pág. 111.

facilitando los procedimientos de inadmisión de forma y de fondo ya iniciados con la Ley Orgánica nº 6/1988.⁶⁸⁸

Sin embargo, ÁNGELA FIGUERUELO opina que en este camino los inconvenientes pueden superar a las ventajas con la potenciación de la vertiente objetiva sobre la subjetiva, porque la atención a los derechos fundamentales no puede ser negada, sino sólo se puede inadmitir tales recursos en virtud de causas previamente establecidas en la ley.⁶⁸⁹ En efecto, la opción de adoptar un sistema de exclusión de derechos es comprometedor de la democracia. Más viable sería una optimización procesal prestigiando la protección subjetiva, sin proceder a la exclusión de derechos.

En síntesis las principales modificaciones de la LOTC son evidenciadas con los cambios informados a continuación.

La reforma el recurso de amparo determina que él debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite, debiendo el recurrente alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por su especial trascendencia constitucional según redacción del artículo 49 combinado con el artículo 50.1 b).

En el sistema anterior, simplemente se debía comprobar que no concurrían las causas tasadas de inadmisión, pasándose en este nuevo sistema a la determinación de la existencia de una relevancia constitucional. El conocimiento de estos recursos ya no corresponde en exclusiva a las Salas, sino que también se extiende a las Secciones, con lo que se les otorga mayores competencias (artículo 48). Si en su admisión a trámite no alcanza la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva, que resolverá mediante providencia en los términos del artículo 50.2.

Para poder acceder al recurso de amparo, se debe agotar la vía judicial ordinaria, ya no solamente los recursos, sino todos los “medios de impugnación”, lo que incluye los recursos extraordinarios. El afectado debe denunciar formalmente en el proceso la vulneración del Derecho constitucional,

⁶⁸⁸ PÉREZ TREMP, PABLO (Coordinador). ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH. ARAGÓN REYES, MANUEL. CARRILLO, MARC. VIVER I PI-SUNYER, CARLES. *“La reforma del recurso de amparo”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Ob. Cit. Pág. 283.

⁶⁸⁹ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El recurso de amparo: estado de la cuestión”*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2001. Ob. Cit. Pág. 88.

posibilitando su resolución por el orden judicial ordinario mediante el incidente de nulidad de las actuaciones.

Se modifica el trámite de la “autocuestión” de constitucionalidad, de tal forma que en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia. Tras la resolución de constitucionalidad del Pleno se prosigue con el recurso de amparo ante la Sala o la Sección que lo estuviese conociendo con anterioridad.

Considerando la importancia de la configuración reformada del recurso de amparo detallaremos el actual sistema de admisión a trámite del recurso de amparo en los apartados que siguen.

6.4. LOS CAMINOS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 6/2007.

La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene sus raíces especialmente en factores estructurales. De un lado, hay el factor operativo delante de la situación de sobrecarga que se encuentra el Tribunal Constitucional debido al gran número de amparos sometidos a su juzgado, dónde el 98% de los asuntos ingresados en el Tribunal son recursos de amparo, con destaque para 85% de ese porcentaje refiriéndose a los motivos basados en el artículo 24 de la CE, de los cuales casi un 96% de los recursos no son admitidos a trámite. En ese escenario la admisión a trámite de un recurso de amparo requiere un año, en cuanto que para resolverlo se tarda unos tres años.⁶⁹⁰

De otro lado, la reforma fue impulsada por factores estructurales relacionados con las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal

⁶⁹⁰ FOSSAS ESPALADER, ENRIC. *El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 21-22.

Supremo, que se evidenció con la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004, declarando los jueces del Tribunal Constitucional incurso en responsabilidad civil por no haber resuelto una demanda de amparo.⁶⁹¹

La reforma de la LOTC se inició con el Anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 03 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la cual fueron precedentes las reformas de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre (modificó el recurso de amparo constitucional contra las violaciones al derecho a la objeción de conciencia), la Ley Orgánica 4/1985, de 07 de junio (suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad); Ley Orgánica 6/1988, de 09 de junio (modificó el recurso de amparo con respecto a los requisitos de admisión a trámite), Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril (creó el conflicto en defensa de la autonomía local); y Ley Orgánica 1/2000, de 07 de enero (estableció un nuevo plazo para el recurso de inconstitucionalidad en los casos en que interviniera la Comisión Bilateral entre el Estado y cada una de las comunidades autónomas).⁶⁹²

La reforma de la LOTC encontrará sus antecedentes en una serie de factores subrayados por FOSSAS ESPALADER como “desencadenantes”: la previsión de la reforma de la Ley del Tribunal en “Pacto para la reforma de la Justicia” suscrito en 2001 entre el PSOE y el PP; la inclusión de esa reforma en el programa del Gobierno surgido después de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004; y los trabajos elaborados por una comisión de estudio creada en el Tribunal Constitucional por la Presidenta María Emilia Casas. La principal característica del proyecto, en la opinión del autor, fue tratarse de la primera reforma generalizada de la jurisdicción constitucional, ya que las reformas anteriores, supra mencionadas, fueron puntuales.⁶⁹³

⁶⁹¹ Ibíd. 24.

⁶⁹² BIEDMA FERRER, JOSÉ MARIA. *“El recurso de Amparo Constitucional en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*. En: La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pág. 619.

⁶⁹³ FOSSAS ESPALADER, ENRIC. *El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”*. En: Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de reforma de la LOTC. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Pág. 25.

En efecto, la reforma de la LOTC se definió por tres grandes objetivos: reforzar la posición institucional del Tribunal Constitucional, y la de sus magistrados para eliminar en lo posible las relaciones conflictivas con el Tribunal Supremo; resolver el colapso del Tribunal Constitucional con modificaciones organizativas y procesales, especialmente en cuanto al recurso de amparo; y actualizar la LOTC tras veinticinco años de vigencia poco modificada.⁶⁹⁴

MARC CARRILLO detalla los cambios en la LOTC aduciendo como principales factores, sin duda, la reforma del recurso de amparo, seguida: de la posición institucional del Tribunal Constitucional a fin de dar respuesta al conflicto generado por la sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo; la designación y el Estatuto de los magistrados constitucionales, al objeto de articular la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de selección de los cuatro magistrados que le corresponde elegir el senado; la desconcentración de funciones entre los órganos que integran el tribunal para agilizar la función jurisdiccional; la modificación de la cuestión de inconstitucionalidad en relación a la posición de las partes; el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las medidas cautelares que pueden ser adoptadas; los cambios en la regulación del personal letrado al servicio del Tribunal delante de la citada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo debido a no convocatoria del concurso-oposición para cubrir las plazas de letrados que conllevó a la condenación de los magistrados del TC.⁶⁹⁵

Con respecto al refuerzo de la jerarquía del Tribunal Constitucional la actual redacción de la LOTC, combinando los artículos 4 y 92, garantiza la posición de última instancia a todos los efectos y permite su competencia absoluta para revisar todos los actos de la jurisdicción constitucional, lo que viene consubstanciado en el artículo 4.1 que otorga la potestad al Tribunal Constitucional para delimitar el ámbito de su jurisdicción y adoptar las medidas necesarias para apreciarla, pudiendo analizar de oficio o a instancia de parte su

⁶⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 29.

⁶⁹⁵ CARRILLO, MARC. *“La reforma e la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”*. En: En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 64-65.

competencia o incompetencia en los asuntos sometidos a su conocimiento. Además, el artículo 4.3 prevé que el Tribunal podrá anular de oficio los actos o resoluciones que ofendan su jurisdicción, garantizada la previa audiencia del Fiscal General del Estado y del órgano autor del acto o resolución. La potestad de anulación de actos o resoluciones destinadas a preservar la jurisdicción del TC se extiende a otros órganos en ejecución de las resoluciones dictadas que han sido conflictivas con la posición del Tribunal Constitucional, en los términos del artículo 92 de la LOTC. A su vez, el artículo 93 consagra el carácter de última instancia del Tribunal Constitucional disponiendo que no quepa ningún recurso contra sus sentencias, excepto la solicitud de aclaración. Tampoco contra sus providencias y Autos, excepto el de súplica.⁶⁹⁶

El conocimiento de estas anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal es atribuido al Pleno por el apartado *h*) del artículo 10.

Las modificaciones legislativas registradas con respecto a la designación y posición institucional de los magistrados del TC se centran principalmente en el artículo 16 de la LOTC se refiriendo al procedimiento de elección de los magistrados por el Senado; la comparecencia de los designados por el Congreso y el Senado en las correspondientes Comisiones Parlamentarias; y la prórroga del mandato de Presidente y Vicepresidente del TC.⁶⁹⁷ El estatuto de los Magistrados a pesar de haber sido objeto de debates y enmiendas no logró grandes modificaciones en el texto original propuesto.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ FOSSAS ESPALADER, ENRIC. *El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Págs. 30-31.

⁶⁹⁷ CARRILLO, MARC. *“La reforma e la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”*. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Pág. 73.

⁶⁹⁸ En lo concerniente al Estatuto de los Magistrados el Proyecto establecía, en el artículo 22, que los magistrados serían inamovibles y no podrían ser destituidos ni suspendidos de sus funciones, excepto por las causas descritas en la misma ley, ni podrán ser encausados o perseguidos por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, pero el citado artículo permaneció inalterado en redacción original delante de las críticas de fuerzas políticas contrarias al cambio. Aunque la LOTC 6/2007 tenga abandonado las modificaciones sugeridas para la selección de los magistrados, merece la pena registrar que el

El procedimiento de declaración de inconstitucionalidad fue cambiado especialmente en lo referente a la cuestión de inconstitucionalidad, artículos 35.2 y 37.2 de la LOTC.

La nueva redacción añade la intervención de las partes y del Ministerio Fiscal para que en el plazo de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión o posicionarse sobre el fondo del fallo; y, determina que publicada en el BOE la admisión a trámite de la cuestión, quienes sean parte en el proceso judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los quince días siguientes para formular alegaciones, en el plazo de quince días más.

La redacción incorporada por la reforma contesta a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (adelante TEDH), de 23 de junio de 1993, del caso Rumasa, suponiendo adecuada garantía constitucional al ciudadano. Sin embargo, la LOTC adopta un criterio más amplio que el sentenciado por el TEDH permitiendo a las partes personarse con el fin de aportar argumentos al juicio de constitucionalidad.⁶⁹⁹

En cuanto al recurso de amparo la modificación de la LOTC se centra en tres principales previsiones: el planteamiento del recurso de amparo contra omisiones imputables a las autoridades; la posibilidad de conocimiento del amparo por las secciones; la inversión del juicio de admisibilidad reforzando una concepción objetiva del recurso de amparo. Estos cambios se completan con una disposición final para modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial revisando el incidente de nulidad de actuaciones por vulneración de derechos fundamentales.⁷⁰⁰

artículo 16 proponía cambio a la selección de los magistrados estableciendo una igualdad a todos los magistrados con respecto a su comparecencia ante las Cortes Generales. En efecto, los candidatos propuestos por el Congreso y por el senado comparecen ante la Comisión correspondiente de la respectiva Cámara, en los términos que establezca su reglamento, antes de ser propuestos al nombramiento. En el mismo sentido, los candidatos propuestos por el Gobierno y por el CGPJ también deberán comparecer ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, a los efectos de información pública pero la previsión fue criticada por el Gobierno y por el CGPJ habiendo sido retirada de la aprobación final del texto.

⁶⁹⁹ *Ibíd.* Págs. 94-95.

⁷⁰⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JÚLIO; GUDE FARNÁNDEZ, ANA. “*La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo*”. En: *La Reforma del Tribunal Constitucional*. Actas

La tramitación del Proyecto de Ley que originó la reforma de la LOTC mantuvo sin grandes modificaciones el texto propuesto por el Gobierno en lo referido al trámite de admisión del recurso de amparo, aunque hayan existido diversas enmiendas. En el apartado diecinueve del artículo único del Proyecto, respecto del artículo 49 de la LOTC, se plantearon dos enmiendas en la Comisión Constitucional del Congreso. La Enmienda nº 05, del Grupo Parlamentario Mixto proponía suprimir la especial transcendencia constitucional argumentando que la transcendencia para el solicitante está siempre justificada y, además, la aparición en el ordenamiento español del “interés casacional” para limitar la admisión a trámite de los recursos casacionales ya expresaron problemas que se trasladarían al recurso de amparo.⁷⁰¹

El grupo Parlamentario Vasco proponía modificación en el apartado 4, del artículo 49, para que hubiera referencia al incumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados antecedentes 2 y 3, con lo que se excluía el apartado 1 que trataba de la especial transcendencia, con la justificativa de que los requisitos del apartado 1 no podían ser objeto de plazo de subsanación.⁷⁰²

Con relación al apartado veinte del artículo único del Proyecto se produjeron cuatro modificaciones: la enmienda nº 06 que suprimía el párrafo b) del apartado 1 del artículo 50 que en concordancia con la enmienda nº05 se refería a la especial transcendencia constitucional; la enmienda nº 07 que otorgaba legitimidad a las partes personadas para recurrir en súplica de las providencias de inadmisión; la enmienda nº 27 que añadía en el artículo 50.1 b) la idea de que la decisión de fondo del Tribunal se justificara no sólo por la especial transcendencia constitucional sino también en razón del perjuicio grave que se le ocasionara al demandante con la denegación de una decisión sobre el fondo, añadiéndose un párrafo para excluir la aplicación del requisito

del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Pág. 676.

⁷⁰¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO; GUDE FERNÁNDEZ, ANA. “La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo”. En: La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Ob. Cit. Pág. 683.

⁷⁰² *Ibíd.* Pág. 684.

del artículo 50.1 b) a los recursos del artículo 40 de la LOTC, sugiriendo, por fin, incorporar una sucinta motivación a las providencias de inadmisión; y, la enmienda nº 61 que se proponía modificar los apartados 1,2 y 3 del nuevo artículo 50 sustituyendo las providencias de inadmisión por Autos delante de la justificativa de que no puede privarse de la garantía constitucional de la motivación individualizada. En el Senado la tramitación superó dos propuestas de veto, referentes a la obligación del Tribunal de razonar los motivos de rechazo de un amparo, superando además, enmiendas que repetían argumentaciones del Congreso para al final no haber alteración del texto en la Cámara Alta.⁷⁰³

Con la aprobación final del texto del proyecto el recurso de amparo quedó configurado, en rigor, como un instrumento dirigido a la reparación en sede constitucional de las lesiones de derechos sufridas por los recurrentes para convertirse en un mecanismo más de defensa objetiva de la constitucionalidad del sistema, o sea, en un mecanismo de garantía de la primacía de la Constitución.⁷⁰⁴

Estas reformas son comprendidas por buena parte de la doctrina como una amenaza a la protección de la dimensión subjetiva del recurso de amparo constitucional, rompiéndose con una larga tradición jurídica de la defensa de los derechos fundamentales en España. En ese sentido parte de la doctrina sostiene que el legislador debería haber tenido en cuenta la posibilidad, absolutamente excepcional, de que se pudiera recurrir en amparo para el caso de que la inadmisión pudiera causar un grave perjuicio al recurrente, pues un drástico viraje hacia la vertiente objetiva del amparo constitucional podría dar lugar a situaciones de indefensión para los particulares, contrariando la Constitución.⁷⁰⁵

⁷⁰³ Ídem. Págs. 684-685.

⁷⁰⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”*. Dykinson. Madrid. 2007. Págs. 87-88.

⁷⁰⁵ BIEDMA FERRER, JOSÉ MARIA. *“El recurso de Amparo Constitucional en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*. En: *La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Ob. Cit. Págs. 623-624.

OLIVA SANTOS analiza que pese a no liberarse así de tanta carga de trabajo como le liberaría la rigurosa aplicación de los nuevos textos del art. 49.1 y de la letra b) del art. 50.1 de la LOTC, el TC podría con una aplicación de la interpretación conforme con la Constitución evitar que se desamparase el amparable siempre que se note violación de derechos aunque no sea constitucionalmente interesante, evitando de ese modo la perversión jurídica del amparo constitucional.⁷⁰⁶

FERNÁNDEZ SEGADO entiende que la exigencia final del art. 49.1 de la LOTC exigiendo que en la demanda se justifique la especial trascendencia constitucional del recurso, como requisito para que la misma pueda ser admitida a trámite, encierra el peligro de terminar convirtiéndose en un formalismo con efectos que pueden llegar a ser contraproducentes, pues si la Sección, o en su caso la Sala, se limitan a atender a la apariencia de este requisito en función de los términos de la fundamentación esbozada en la demanda, puede ocurrir que una demanda que tenga especial relevancia constitucional sea rechazada liminarmente por presentar deficiente fundamentación de dicha trascendencia con lo que se contrariaría la pretendida objeción del amparo.⁷⁰⁷

DÍEZ-PICAZO, por su parte, rechaza cualquier aproximación a dar primacía a la dimensión objetiva en el recurso de amparo entendiendo que se trata de una protección del derecho subjetivo del solicitante.⁷⁰⁸

ESPÍN TEMPLADO y BUSTOS GISBERT propugnan por una solución mixta que conjugue la dimensión objetiva con la subjetiva, justificando una mayor celeridad en el procedimiento del recurso de amparo y evitando situaciones de indefensión.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA. “*La perversión jurídica del amparo constitucional en España*”. Actualidad Jurídica. Aranzadi. Año XVIII. Nº 751. Pág. 13.

⁷⁰⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “*La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*”. Dykinson. Madrid. 2007. Págs. 93-94.

⁷⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA. “*Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*”. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 40, 1994, Pág. 24.

⁷⁰⁹ ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO. “*La experiencia constitucional (1978-2000)*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000. Pág. 479-478. Y, BUSTOS GISBERT,

En efecto, RUBIO LLORENTE ya hace tiempo venía insistiendo en la necesidad de reforzar el recurso de amparo con la objetivación del trámite de admisión creyéndolo como solución de la sobrecarga del Tribunal Constitucional.⁷¹⁰

Sin embargo, aunque existan divergencias doctrinales hay un esfuerzo generalizado por la doctrina en apuntar caminos que permitan objetivar el recurso de amparo sin desconsiderar la dimensión subjetiva del mismo cuando concurra grave perjuicio al recurrente, estando en juego situaciones muy excepcionales.⁷¹¹

Además, la doctrina busca definir otros caminos para concebir el recurso de amparo con un procedimiento más rápido. CARMONA CUENCA propone criterios de distinción entre recursos de amparo constitucionales referentes a vulneraciones contra derechos fundamentales producidos por resoluciones judiciales; y, recursos de amparo frente a violaciones producidas por actuaciones extraprocesales; sugiriendo que la restricción en el acceso al recurso de amparo se limite a las demandas provenientes de vulneración por resolución judicial y, por el contrario, defendiendo que se mantuviera la regulación anterior a la reforma de la LOTC de 2007 a los recursos originados por actuaciones extraprocesales para los cuales no habría limitación para la admisión a trámite.⁷¹²

En el caso que la vulneración fuera de derecho sustantivo la sentencia que estimara el recurso de amparo ordenaría que se retrocediese al juez ordinario para que resolviera el fondo del asunto, salvo que dicho envío

RAFAEL. “¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española? En: Teoría y Realidad Constitucional, UNED, nº 4, 2º semestre. Págs. 286-287.

⁷¹⁰ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. “El trámite de admisión en el recurso de amparo. Comentario a la Ley Orgánica 6/1988”. Revista Española de Derecho Administrativo nº 60. 1988. Págs. 523-524.

⁷¹¹ BIEDMA FERRER, JOSÉ MARIA. “El recurso de amparo constitucional en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”. En: La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Ob. Cit. Págs. 628-629.

⁷¹² CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. “El recurso de amparo constitucional y la defensa de derecho a la tutela judicial efectiva. Apuntes para una reforma”. En: La Reforma del Recurso de Amparo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Págs. 225-226.

supusiera un perjuicio grave e irreparable para el recurrente, cuando el Tribunal Constitucional tendría que actuar. En cambio, en el supuesto de vulneración de un derecho sustantivo cabría anulación de la lesión o sería dictada resolución por el Tribunal Constitucional reparando el derecho vulnerando.⁷¹³

Volviendo la mirada hacia la jurisdicción ordinaria hay que considerar que el juez ordinario es el primer garante de los derechos fundamentales y, por lo tanto, la jurisdicción constitucional debería intervenir en situaciones extraordinarias. La necesidad de avanzar por la vía preferente y sumaria que desarrollara el artículo 53.2 de la Constitución debe ser tomada en cuenta para el mejor funcionamiento de las garantías a los derechos fundamentales.⁷¹⁴

En ese sentido, FIGUERUELO BURRIEZA destaca ser necesaria elevar a definitiva la situación provisional de desarrollo del amparo ordinario que sigue disperso, con la redacción de una ley que dé un completo y definitivo desarrollo al artículo 53.2 de la Constitución española.⁷¹⁵

Sin embargo, las medidas que fueron adoptadas por el legislador español privilegiaron la concepción objetiva del amparo y se silenció la necesidad de resguardar la protección del derecho subjetivo del recurrente en casos de grave perjuicio.

En la reforma del amparo se cambia la regulación del trámite de admisión, con el objetivo de reducir el alto número de procesos de amparo que se sustancian ante el Tribunal Constitucional. Se invierte el juicio de admisibilidad pasando a la verificación de la existencia de relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Aún afecta al recurso de amparo la reforma para la inclusión de las omisiones de los poderes públicos como fuente de lesión de los derechos fundamentales; ampliando, además, el

⁷¹³ BIEDMA FERRER, JOSÉ MARIA. *“El recurso de amparo constitucional en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*. En: La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Ob. Cit. Pág. 629.

⁷¹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO; GUDE FARNÁNDEZ, ANA. *“La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo”*. En: La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Ob. Cit. Pág. 687.

⁷¹⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“La actual reforma del recurso constitucional de amparo”*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, nº 6. 2006. Pág. 239.

ámbito de la legitimación activa al eliminar la restricción que suponía la referencia exclusiva a los ciudadanos.⁷¹⁶

Referente a los amparos frente a lesiones provocadas por órganos judiciales el plazo para interponer el recurso se firmó entre veinte a treinta días, ampliando aún la formulación de la letra a) del apartado 1 del artículo 44 para describir la necesidad de agotamiento de todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, acompañando lo que ya determinaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por fin, se incluye en el artículo 44 la letra c) del apartado 1 para prever que se debe denunciar la violación formalmente en el proceso, si hubo la oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.⁷¹⁷

El artículo 49 recibe el apartado 4 en relación con la subsanación de las deficiencias de la demanda incorporando una práctica ya consolidada por el Tribunal Constitucional al determinar que de incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso. Es reformulado el artículo 56 para disponer de la suspensión de la ejecución del acto o de la sentencia impugnada, así como para adoptar medidas cautelares evitando que el recurso pierda su finalidad. El artículo 52.2 juntamente con el artículo 85 apartado 3 concibe un carácter más efectivo para la vista oral en el procedimiento.⁷¹⁸

Completando la reforma de la LOTC fue modificada la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 241.1, que atribuye a los tribunales ordinarios competencia para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones que permite su solicitud con base en cualquier vulneración de los derechos fundamentales

⁷¹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO; CÁMARA VILLAR, GREGÓRIO, MEDINA REY, LUIS FELIPE. *“La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional”*. Tecnos. Madrid. 2008. Pág. 15-16.

⁷¹⁷ *Ibíd.* Pág. 17.

⁷¹⁸ *Ídem.* Págs. 17-18.

referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia anteriormente prevista.⁷¹⁹

Considerando que el principal objeto de ese trabajo es el análisis de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales profundizaremos en los siguientes apartados el impacto de la reforma sobre el recurso de amparo como modo de comprender la actual configuración de la jurisdicción constitucional española en la protección de derechos.

6.5. LA CONSAGRACIÓN DE LA ESPECIAL RELEVANCIA CONSTITUCIONAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

La acreditada doctrina española aduce que el requisito de la especial relevancia constitucional consiste en introducir en la jurisdicción constitucional una concepción predominantemente objetiva del recurso de amparo, de modo que su admisión queda reservada a los supuestos que justifiquen una especial trascendencia constitucional. Ese requisito tendría en cuenta tres principales criterios:

- a) *Su importancia para la interpretación de la Constitución.*
- b) *Su importancia para su aplicación o su eficacia general.*
- c) *Su importancia para determinar el alcance de los derechos fundamentales.*⁷²⁰

⁷¹⁹ Ídem. Pág. 18.

⁷²⁰ FOSSAS ESPALADER, ENRIC. *El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*". En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Págs. 37-38.

La exposición de motivos de la LOTC esclarecerá que “se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la existencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”.

Para algunos la introducción del requisito de la trascendencia o especial relevancia constitucional de la demanda de amparo supone la incorporación a la jurisdicción constitucional española de la regla cercana al “*writ of certiorari*” de la cultura jurídica del “*common law*” estadounidense, lo que supondría al TC asumir un nuevo modelo de enjuiciamiento de las demandas de amparo que sin perjuicio de los intereses subjetivos de las partes, prime la dimensión objetiva del recurso, basa en la especial relevancia constitucional.⁷²¹

ÁNGELA FIGUERUELO aduce que después de muchas discusiones doctrinales la reforma de la LOTC no sigue al pie de la letra el modelo estadounidense ni el alemán, tratándose de una expresión jurídica indeterminada que no se concreta en la misma ley, la cual va limitada a definir que se invertirá la carga de la prueba para que los recurrentes en amparo justifiquen ante el Tribunal Constitucional que la demanda tiene una especial trascendencia constitucional.⁷²²

RODRÍGUEZ y FERNÁNDEZ aducen que el conocimiento del amparo se restringe sólo a los supuestos que ostenten semejante trascendencia que tendría claves o criterios interpretativos relacionados con la importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, lo que por lo tanto no se podría hablar de un *certiorari* pues el juicio de admisión que realizaría el Tribunal no es discrecional.⁷²³

⁷²¹ CARRILLO, MARC. “La reforma e la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”. En: Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de reforma de la LOTC. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit.

⁷²² FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “La actual reforma del recurso constitucional de amparo”. En: Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades. Editorial Porrúa. México. 2009. Pág. 106.

⁷²³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JÚLIO; GUDE FERNÁNDEZ, ANA. “La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo”. En: La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas

De ese modo, la dicha objetivación del amparo, basada en la figura de la especial trascendencia constitucional no sería afortunada dado que la vulneración de un derecho fundamental puede no ser reparada por el Tribunal Constitucional por no tener configurada la especial trascendencia constitucional, pero sí contener una ofensa a derechos.⁷²⁴

CASCAJO CASTRO aduce que el concepto de especial trascendencia constitucional del recurso de amparo goza de ambigüedad delante de la proposición para atender 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, una vez que esos múltiples criterios hermenéuticos son de tal amplitud que van a permitir múltiples intervenciones en el objeto protegido por el recurso de amparo en el seno del propio TC.⁷²⁵

HERNÁNDEZ RAMOS propone concretar el concepto de especial trascendencia constitucional defendiendo que se lo estaría configurando si, en primer lugar, sobre la cuestión constitucional planteada por el recurso de amparo existieran dudas acerca de cómo darle respuesta o de cómo resolverla porque no pudiera ser contestada o solucionada de manera sencilla acudiendo solamente al texto de la Constitución y aún si necesitara ser aclarada o revisada debido a situaciones cambiantes. Además, como segundo requisito, la cuestión constitucionalmente relevante se presentaría cuando fuera controvertida en la literatura especializada o que fuera tratada de forma diferente en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios con relación a lo determinado por el Tribunal Constitucional. Por fin, el tercer requisito sería que el recurso de amparo alegara el menoscabo de un derecho fundamental, por lo que la mera existencia de una cuestión constitucional de relevancia fundamental no sería suficiente.⁷²⁶

del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. Ob. Cit. Pág. 678.

⁷²⁴ *Ibíd.* Pág. 678.

⁷²⁵ CASCAJO CASTRO, JOSE LUIS. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Pág. 97.

⁷²⁶ HERNÁNDEZ RAMOS, MARIO. *“El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional”*. Editorial REUS. Madrid. 2009. Ob. Cit. Pág. 250.

ÁNGELA FIGUERULO informa que el nuevo régimen del recurso de amparo implica que se haya implantado una concepción preferentemente objetiva del mismo y que prescindiera de criterios de naturaleza subjetiva relacionados con el caso concreto objeto del recurso significando una desvinculación del amparo de su faceta garantizadora de derechos y libertades para convertirse en una herramienta de trabajo con la cual el Tribunal Constitucional establece su doctrina sobre los derechos fundamentales para que sea aplicada por los jueces y tribunales ordinarios cuando protejan derechos o conozcan del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones.⁷²⁷

Sin embargo, CRUZ VILLALÓN entiende que la objetivación es una finalidad correcta, a efectos de racionalizar la jurisdicción constitucional, desde que mantenga la conexión con el impulso subjetivo subyacente a la idea de amparo.⁷²⁸

CUESTA MARTÍNEZ valora positivamente la reforma de la LOTC destacando que el recurso de amparo podrá ser invocado frente a omisiones que impliquen violación de derechos fundamentales; abre la vía a una tramitación con nuevas tecnologías de comunicación e información; proporciona recursos de amparo con mejor fundamentación del derecho vulnerado, en la que se justifique la trascendencia constitucional; incluye una subsanación de defectos mejor regulada; y posibilita la suspensión más efectiva de la ejecutividad del acto o sentencia recurrida en amparo durante la tramitación del recurso, así como la adopción de medidas cautelares.⁷²⁹

El artículo 49.1 dispondrá que:

El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión

⁷²⁷ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “La Ley Orgánica 6/2007 y el previsible fracaso de la reforma de la justicia constitucional española”. En: Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades. Editorial Porrúa. México. 2009. Pág. 53.

⁷²⁸ CRUZ VILLALÓN, PEDRO. “La reforma de la justicia constitucional”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Pág. 76.

⁷²⁹ CUESTA MARTÍNEZ, ÁLVARO. “La reforma de la justicia constitucional”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Ob. Cit. Pág. 100.

los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

En el mismo sentido en artículo 50.1 b) informa que:

Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

La tarea de concretar el real significado de la especial trascendencia constitucional quedó bajo la competencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional una vez que la legislación no delimitó su significado.

En la Sentencia nº 155, de 25 de junio de 2009, el Tribunal Constitucional dispuso que la especial trascendencia constitucional se concreta cuando se observe:

1. Recursos que traigan un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional;
2. Posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental o de un cambio de la doctrina de los órganos encargados de la interpretación de los tratados y

acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 de la Constitución;

3. Vulneración del derecho fundamental que se denuncia proveniente de la ley o de otra disposición de carácter general;

4. Vulneración del derecho fundamental que tenga causa en una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva y crea necesario proclamar otra interpretación conforme la Constitución;

5. Fundamentación basada en el incumplimiento de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria de la doctrina del tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental sea por interpretándola de manera distinta o aplicando en algunos casos y otros no;

6. Negativa manifiesta por el poder judicial del deber de acatamiento de la doctrina del tribunal Constitucional;

7. Una cuestión jurídica de relevante y general repercusión judicial, económica o política.

Con ese paradigmático precedente jurisprudencial el Tribunal Constitucional Inauguró la concretización del significado de ese especial requisito que actúa de modo a objetivar la jurisdicción constitucional en España suprimiendo la ausencia delimitadora de ese significado en la LOTC.

GARCÍA COUSO entiende que la nueva LOTC deja al Tribunal Constitucional al margen del control de vulneraciones puramente subjetivas y casuísticas con lo que se atribuye a los órganos judiciales y, en su caso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la constatación de vulneraciones producidas por actos de los poderes públicos. Para la autora coexisten dos circuitos diferentes de protección de los derechos y libertades consubstanciados en la protección subjetiva realizada por los tribunales ordinarios y subsidiariamente la protección por el Tribunal Europeo de Derecho

Humanos, los cuales se unirían a los procedimientos que aseguran la protección objetiva de la Constitución impidiendo que se reduzcan las garantías del ciudadano a consecuencia del cambio del modelo.⁷³⁰

Aunque el objetivo a ser alcanzado conforme es propuesto por la autora pretenda establecer niveles de protección de los derechos fundamentales para evitar que la objetivación del recurso de amparo no cause indefensión a la protección de derechos, cabe subrayar que la actuación del Tribunal Europeo de derechos humanos es de una subsidiariedad especialísima, pues una condena al Estado español por no haber resguardado derechos no deja de ser un incidente político internacional desagradable a la justicia constitucional española que está encargada de la guardia de la norma suprema.

Más acertada en nuestra opinión es que en casos dónde la violación del derecho sea evidente se encargue el Tribunal Constitucional de la defensa de la Constitución actuando mediante la interpretación conforme con los preceptos constitucionales y relativizando el sentido de la dicha objetivación tal y como la Suprema Corte estadounidense en algunos casos suele actuar, conforme se evidencia su jurisprudencia acerca de la pena capital.⁷³¹

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional reitera los cánones firmados en la Sentencia nº 155, de 25 de junio de 2009, y enfatiza la existencia de un criterio más flexible de interpretación constitucional para la admisión a trámite del recurso de amparo, con lo que no cabe desvirtuar la carga de razonar la demanda, conforme se nota en la STC 178/2012, en la cual el Tribunal recuerda que *“aunque la indicada previsión del artículo 49.1 in fine LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también un instrumento de colaboración con la Justicia Constitucional, habida cuenta de*

⁷³⁰ GARCÍA COUSO, SUSANA. *“El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Revista Europea de Derechos Fundamentales. Instituto de Derecho Público. Fundación Profesor Manuel Broseta. Nº 15. Valencia. 2010. Pág. 156.

⁷³¹ Véase cuanto a este último aspecto: TUSHNET, M. *“Making constitutional law. Thugood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991”*. Oxford University Press. New York. 1998. Págs. 163-178.

*que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte (...). Sin perjuicio de lo anterior, se han de tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga ha ido efectuando este Tribunal (...), no sobra recordar, en primer lugar, que en la STC 155/2009, de 25 de junio – en la que identificamos, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos propiciadores de la apreciación de la <<especial trascendencia constitucional>> (...) hemos acotado el perfil abierto tanto de ese concepto cuanto de los tres criterios que la propia ley ofrece para su caracterización (<<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 segundo lugar, procede enfatizar que, como recuerda la STC 69/2001, FJ 3, la carga de justificar la especial trascendencia del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de vulneración de un derecho fundamental. (...) Ahora bien, ese criterio flexible no puede desvirtuar el requisito, ni puede suponer tampoco una excepción del deber de cumplimiento de la carga justificativa (...).*⁷³²

⁷³² Para un estudio sobre el desarrollo de la jurisprudencia del STF acerca de la especial trascendencia constitucional véase los siguientes pronunciamientos: Aclaración de doctrina constitucional: Sentencias 155/2009, ff. 2, 3, VP I; 17/2011, f. 2; 36/2011, f. 2; 61/2011, f. 2; 68/2011, f. 3; 192/2012, f. 2.; Ausencia de doctrina constitucional: Sentencias 70/2009, f. 1; 155/2009, f. 2; 58/2010, f. 3; 164/2011, f. 3; 165/2011, f. 2; 166/2011, f. 2; 167/2011, f. 2; 168/2011, f. 2; 169/2011, f. 3; 170/2011, f. 3; 174/2011, f. 3; 191/2011, f. 3.; Auto 185/2011; Especial trascendencia constitucional *versus* vulneración de derecho fundamental: Sentencias 68/2011, f. 2; 69/2011, ff. 3, 4; 89/2011, f. 2; 176/2012, ff. 3, 4; 178/2012, ff. 2, 3.; Autos: 154/2010; 186/2010; 46/2011; 48/2011; Existencia de doctrina constitucional: Auto 46/2011; Incidente de nulidad de actuaciones: Sentencia 153/2012, ff. 2 a 4.; Incumplimiento jurisdiccional reiterado de la doctrina constitucional: Sentencia 155/2009, f. 2.; Autos: 165/2011; 123/2012, ff. 1, 2.; Justificación de la especial trascendencia constitucional: Sentencias 106/2008, f. 2; 155/2009, f. 2, VP I; 15/2011, f. 3; 26/2011, f. 2; 60/2011, f. 2; 68/2011, ff. 2, 3; 143/2011, f. 2; 105/2012, f. 3 ; 107/2012, f. 2.; Autos: 61/2009; 149/2009; 150/2009; 151/2009; 164/2009; 166/2009; 179/2009; 182/2009; 183/2009; 187/2009; 209/2009; 283/2009; 4/2010; 5/2010; 96/2010; 26/2012, f. 3.; Modificación de doctrina constitucional: Sentencias 155/2009, f. 2; 68/2011, f. 3.; Negativa judicial de acatamiento de la doctrina constitucional: Sentencias 155/2009, f. 2; 59/2011, ff. 6, 8; 133/2011, f. 3.; Auto: 26/2012, f. 3.; Repercusión política del

6.5.1. El trámite de admisión del recurso de amparo en la lógica de la especial trascendencia constitucional. El destaque para los cambios tras la reforma de 2007.

Conforme hemos enunciado, la regulación del recurso de amparo fue modificada para invertir el juicio de admisibilidad, dejando de ser una inadmisión de las demandas por incumplimiento de los requisitos formales o materiales para pasar a una decisión de admisión para aquellos recursos que además de cumplir esos requisitos justifique la existencia de la especial trascendencia constitucional.

El artículo 44.1 tuvo su redacción formulada por ocasión de la reforma, para disponer en el apartado a) que deberán estar agotados todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. En el apartado c) del mismo artículo se exige la invocación formal del derecho constitucional vulnerado disponiendo que deba haberse denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

El artículo 42.2 fue reformulado para posibilitar amparo frente a violaciones de derechos originadas por omisiones de todos los poderes públicos, extendiéndose a las lesiones ocasionadas por el Poder Ejecutivo y la Administración, en los términos del artículo 43.1, ya que anteriormente el amparo por omisión se restringía al poder judicial.

El procedimiento de “preadmisión” por las Secretarías de Justicia permite la subsanación de incumplimiento de los requisitos exigidos en el plazo

asunto: Sentencias 155/2009, f. 2; 60/2011, f. 2.; Repercusión socioeconómica del asunto: Sentencias 155/2009, f. 2; 183/2011, ff. 1, 2.; Auto: 29/2011; Resoluciones judiciales contradictorias: Sentencia 155/2009, f. 2.; Vulneración de derechos fundamentales en la aplicación de la ley: Sentencia 155/2009, f. 2.; Vulneración de derechos fundamentales en la ley, Sentencia 155/2009, f. 2. Últimas decisiones: STC 1/2013. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/UltimasSentencias.aspx>. Acceso en: 14 de marzo de 2013.

de diez días para evitar la inadmisión del recurso por falta de justificación debida, en los términos del artículo 49.4.

ALMAGRO NOSETE cree que el procedimiento de admisión a trámite inaugurado con la reforma de 2007 es un freno que actúa como causa yuguladora del concreto derecho a la jurisdicción constitucional, reconocido por la misma Constitución y por lo tanto de dudosa constitucionalidad, razón por la cual el legislador debería haberse preocupado en desarrollar el artículo 53 de la Constitución al revés de incluir dicho trámite de admisión en el orden constitucional español.⁷³³

BORRAJO INIESTA aunque esté de acuerdo con la objetivación del recurso de amparo entiende que las Secciones no debían pronunciar sentencia, pues las propias Salas dan lugar a divergencias jurisprudenciales rompiendo la finalidad del TC de mantener una interpretación uniforme de la Constitución.⁷³⁴

GARCÍA MANZANO, en cambio, defendió que las Secciones deberían haber asumido el conocimiento y decisión sobre el fondo de los recursos de amparo, para la cual podrían ser destinados asuntos como los amparos del artículo 42 de la LOTC.

CASCAJO CASTRO aduce que el cambio acertadamente enfrenta la reorganización interna del TC ampliando competencias a las Secciones y objetivando la admisión a trámite. En efecto, entiende que el papel clave de la Sección no parece justificar la forma de providencia para la inadmisión, ni tampoco que esa providencia sea sólo recurrible por el Ministerio fiscal.⁷³⁵

CRESPO BARQUERO subraya que el esfuerzo relativamente escaso que ahorra la omisión de la motivación en el texto de la providencia no parece ser una solución eficiente para aliviar la sobrecarga del TC, pero el precio que se paga es alto dado que disminuye la calidad de la respuesta al ciudadano y determina la desaparición de todo cauce posible para que el

⁷³³ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Pág. 95.

⁷³⁴ BORRAJO INIESTA, INACIO. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Pág. 96.

⁷³⁵ CASCAJO CASTRO, JOSE LUIS. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Ob. Cit. Pág. 97.

Tribunal establezca una doctrina en materia de inadmisión a trámite alejando la posibilidad de perfilar objetivamente la irrelevancia constitucional de determinados asuntos.⁷³⁶

En el mismo sentido, anticipaba ÁNGELA FIGUERUELO que los inconvenientes pueden superar las ventajas con lo que el recurso de amparo no puede ser negado como el “writ of certiorari” sino inadmitido de acuerdo con las causas establecidas en la ley.⁷³⁷

A pesar de todos los cambios la acreditada doctrina juzga que las medidas reformadas no serán suficientes para evitar la sobrecarga del TC.

MARC CARRILLO destaca que en la línea del inmediato futuro se hacen necesarias medidas complementarias a la reforma del recurso de amparo, que afectan la regulación de la tutela de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria:

- a) *La necesidad de configurar un procedimiento único preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución, de tutela de los derechos fundamentales, con independencia del orden jurisdiccional en el que la lesión del derecho se haya producido, a excepción de aquellos derechos que por su propia naturaleza requieren un procedimiento especial (derecho al habeas corpus, derecho de reunión o algunos aspectos del derecho de sufragio). Pues, no parece razonable que todavía subsista la diversidad de procedimientos vigentes, configurados de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica de los sujetos que entran en controversia, a saber: un procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo; otro*

⁷³⁶ CRESPO BARQUERO, PEDRO. “La reforma de la justicia constitucional”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Ob. Cit. Págs. 99-100.

⁷³⁷ FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “Balance de veinticinco años de recurso de amparo”. En: Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades. Editorial Porrúa. México. 2009. Pág. 164.

en el ámbito del procedimiento laboral; una Ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y así sucesivamente.

b) La tutela de los derechos fundamentales requiere una acción diligente de los órganos de garantía jurisdiccional, que no puede admitir demoras si el Estado de Derecho pretende ser eficiente en un ámbito en el que la calidad de vida democrática está en juego. Esta diligencia ha de ser dispensada a través de resoluciones judiciales firmes conformes a derecho sobre el fondo de la pretensión del ciudadano. Pero la tutela de derechos fundamentales, no sólo se garantiza a través de sentencias sino que – cuando procede – se inicia por medio de medidas cautelares. (...)⁷³⁸

En ese sentido, LÓPEZ GARRIDO enunciaba, así como varios otros doctrinadores, que en torno la mayor demanda de recursos de amparo denunciaban la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, lo que convierte el TC en una nueva instancia judicial ordinaria, resultando imprescindible que sea reformada la LOPJ, en su artículo 241.1.⁷³⁹

La verificación de que la demanda de amparo presenta la especial trascendencia constitucional corresponde, en principio, a las Secciones del TC, pero en determinados supuestos las Secciones se limitarán a formular la correspondiente propuesta en los casos en que corresponderá a las Salas la admisión o inadmisión del recurso cuando no haya obtenido la unanimidad de

⁷³⁸ CARRILLO, MARC. *“La reforma e la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”*. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Págs. 112-113.

⁷³⁹ LÓPEZ GARRIDO, DIEGO. CRESPO BARQUEIRO, PEDRO. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Ob. Cit. Págs. 104-105.

juicio por la Sección, en los términos de la combinación de los artículos 8.1, 41 a 46, 49 y 50.

Para alcanzar ese objetivo la reforma de amparo constitucional, en resumen, trata de modificaciones que afectan los artículos 41.2, 43.1, 44,48, 49.1 y 4, 52.2 y 3, 53,54, 55.2 y 56 de la LOTC consistiendo en incorporar la referencia a las Secciones para concebir lógica integradora en la reforma dado la extensión de la competencia para conocimiento del amparo constitucional a las mismas.

El Pleno tiene la facultad de avocar el análisis de los recursos que juzgue pertinentes, controlando de ese modo, el juicio de admisibilidad o inadmisibilidad de las Secciones y de las Salas, conforme determina el artículo 10.n de la LOTC.

También estará bajo la competencia del Pleno la posibilidad de deferir a la Sala, que corresponda el conocimiento del asunto, la decisión del fallo, desde que haya jurisprudencia consolidada del TC en la materia, tal y como dispone el artículo 8.2 y 8.3 de la LOTC.

Presentadas las alegaciones o trascurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá diferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación. En efecto, la Sala o la Sección pronunciará la sentencia en el plazo de diez días a partir del día señalado para la vista o deliberación, en los términos del artículo 52.2 y 52.3 de la LOTC.

CRESPO BARQUERO defiende que el procedimiento de avocación a la Sala en caso de no alcanzarse unanimidad en la Sección es un incremento de las garantías y un refuerzo de la unidad de criterio en materia de admisibilidad, a pesar de creer ser paradójica la idea de rebajar la intervención de las Salas en las decisiones de fondo y, a cambio, incrementar su dedicación a simple admisibilidad de los recursos.⁷⁴⁰

Cuando la decisión fuere por la inadmisión del recurso de amparo las Salas o las Secciones especificarán el requisito incumplido y notificarán al

⁷⁴⁰ CRESPO BARQUERO, PEDRO. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Ob. Cit. Pág. 98.

demandante y al Ministerio Fiscal. Éste último podrá recurrir en súplica en el plazo de tres días. Sobre la decisión del Tribunal Constitucional, mediante Auto, no cabrá ninguna impugnación, en conformidad con el artículo 50.3 de la LOTC.

6.5.2. Los efectos de las sentencias de amparo constitucional, las medidas cautelares y resoluciones provisionales como fruto de la reforma de la LOTC.

La reforma de 2007 de la LOTC trajo cambios en los artículos 53, 54, 55.2 y 56 para incluir en el procedimiento la competencia de las Secciones y la redefinición de competencias de las Salas y del Pleno para resolver los recursos de amparo.

En los términos del artículo del artículo 53 la Sala, o en su caso, la Sección conocerá del amparo otorgándolo o denegando el pedido. La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados en los términos del artículo 56.1.

Una vez admitido el trámite del recurso de amparo la sentencia podrá ser estimatoria o desestimatoria, pero también hay casos de terminación anormal del proceso por pérdida del objeto, por desistimiento, etc. La sentencia del recurso de amparo no permite una revisión total de las previas decisiones judiciales conforme mantiene la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que niega que el recurso de amparo sea una nueva instancia, habiendo sido configurado como una acción ordinaria y no como un recurso en sentido estricto. La eficacia de las decisiones del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo produce cosa juzgada impidiendo recursos contra las sentencias dictadas en estos procesos.⁷⁴¹

El artículo 55 de la LOTC determina que la sentencia que otorgue el amparo contendrá alternativamente o cumulativamente los pronunciamientos siguientes: a) la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de los efectos; b) reconocimiento del

⁷⁴¹ Ídem. Pág. 298.

derecho libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Toda sentencia estimatoria contendrá el pronunciamiento acerca del reconocimiento del derecho o libertad vulnerado. Además, la sentencia estimatoria que otorgue el amparo puede incorporar en su fallo la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio del derecho o libertad protegidos, sin perjuicio de los casos en los cuales la vulneración sea imputable a una omisión del poder público debiendo ser restablecido el derecho del ofendido en razón de tal omisión.⁷⁴²

TUR AUSINA preocupada con la efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria llama la atención para la práctica del Tribunal Constitucional en proferir “sentencias platónicas” (como las evidenciadas en SSTC 165/2000, 2/1994, 50/1989, 40/1987, 36/1984, entre otras) que deben ser todavía más combatidas delante de la desconcentración de competencias para resolver los recursos de amparo incorporada por la reforma de la LOTC. Así las resoluciones declarativas de la nulidad del acto lesivo deben determinar claramente su alcance a los efectos de delimitar la eficacia concreta de la sentencia estimatoria del amparo y a los efectos de que un tribunal no pueda con posteridad cambiar el sentido del fallo del juez ordinario en una nueva resolución, pues redundaría en ambigüedad y escasa efectividad.⁷⁴³

La citada autora defiende poner de manifiesto que la práctica del Tribunal Constitucional necesita ampliar las técnicas resarcitorias de las reparaciones “por equivalente” ante derechos que se han visto castigados, como por ejemplo, el derecho a la libertad personal, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, el derecho a una información pública libre, derechos a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de comunicaciones, derecho de participación política y acceso a funciones y cargos públicos, libertad sindical, dilaciones indebidas, etc. que generan dilaciones indebidas,

⁷⁴² FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Cometarios al Título III de la LOTC”*. Marcial Pons. Madrid. 1994. Pág. 318.

⁷⁴³ TUR AUSINA, ROSARIO. *“Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 513.

enflaquecen la jurisdicción constitucional y permiten dada la insuficiencia de la decisión la continuidad del proceso ante tribunales recursales de la demanda ordinaria.⁷⁴⁴

Delante de ese escenario TUR AUSINA aduce que el TC debe repensar su posición de rechazar su potestad indemnizatoria que ha sido firmada jurisprudencialmente (SSTC 230/1999, 223/1999, etc.) y considerar que el carácter indemnizatorio no es un derecho no comprendido entre los derechos tutelados en amparo, sino una medida compensatoria del daño generado, para la cual la incompetencia del artículo 58 de la LOTC debe ser distinguida de lo que integra la efectividad, objeto y finalidad del amparo, para la cual la economía procesal, la garantía de defensa del particular lesionado son completamente compatibles con la Constitución.⁷⁴⁵

Estos argumentos bastante razonables deben ser tenidos en cuenta en la construcción de una cultura jurídica de efectividad del amparo que seguramente debe ser una práctica de todos los órganos competentes para resolver los recursos de amparo constitucional. Por lo tanto, la efectividad de la sentencia estimatoria del amparo debe ser objeto de cuidado en el fallo de las Secciones, de las Salas y del Pleno con vistas a evitar indebidas dilaciones procesales en la justicia ordinaria y alcanzar a partir de la uniformización de la jurisprudencia constitucional tanto la objetivación del amparo cuanto la tutela judicial efectiva prevista en la misma Constitución permitiendo definitivamente poner termo al proceso.

Excepcionalmente se admitirá de oficio o a instancia de parte la suspensión, total o parcial, de los efectos de la sentencia o acto impugnados desde que suponga perjuicio irreparable al demandante, conforme se depende del artículo 56.2 de la LOTC.

En ese sentido en lo relativo a las medidas cautelares en el recurso de amparo la redacción del artículo 56 de la LOTC asegura que no haya pérdida del objeto jurídico a ser tutelado, pero no enmarca grandes rasgos diferenciales para la adopción de tales medidas ya consagradas por el derecho

⁷⁴⁴ *Ibíd.* Págs. 518-519.

⁷⁴⁵ *Ídem.* Pág. 520.

procesal, lo que reiterando la legislación procesal ordinaria viene definido en los apartados 1 a 6 del mismo artículo.

La principal innovación es la previsión de que tanto la Sala cuanto la Sección podrán adoptar cualquier medida cautelar y resolución provisional previstas en el ordenamiento español que puedan aplicarse al amparo, evitando que el recurso pierda su finalidad, en el mismo juicio inicial de admisibilidad, conforme determina el apartado 6 del artículo 56 que también resguardará la posibilidad de impugnación de la medida por el Ministerio Fiscal y las partes personadas en el plazo de cinco días desde la notificación de la decisión, que tras resolución no cabrá más recurso.

6.5.3. El papel del incidente de nulidad de actuaciones en la actual configuración del amparo constitucional.

El incidente de nulidad de actuaciones ha sido modificado posibilitando que los propios tribunales ordinarios puedan remediar la vulneración cometida, pese a la existencia de una resolución firme que haya puesto fin al proceso, lo que supone una innovación de la reforma por la LO 6/2007, de 25 de mayo, ampliando la anterior redacción del precepto normativo que preveía como único remedio frente a las resoluciones judiciales firmes (fuera del caso de la audiencia del rebelde y con el objeto que le es propio) la presentación de una demanda de amparo judicial para obtener la declaración de nulidad por vulneración de un derecho fundamental indefenso.⁷⁴⁶

La nulidad en general ya consagrada en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (adelante LOPJ) es prevista para los defectos de forma que supongan ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión que deben corregirse mediante la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios que sean legalmente procedentes, sin perjuicio de lo cual, el juzgado o tribunal, podrá a oficio o a instancia de parte declarar la nulidad antes de que se ponga fin al proceso tampoco no proceda subsanación en los términos del artículo 240 de la LOPJ.

⁷⁴⁶ MONTERO AROCA, JUAN; FLORS MATÍES, JOSÉ. *“Amparo constitucional y proceso civil”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 327.

En efecto, la nulidad como medio de rescisión de una sentencia firme consagrada en el artículo 241 de la LOPJ es un medio de impugnación que tiene por objeto la rescisión de la resolución que haya puesto fin al proceso y la declaración de nulidad de lo actuado con reposición de las actuaciones al momento en que fue producida la vulneración que dio causa a la vulneración que se corrige. Por lo tanto, la nulidad de actuación requiere:

1º) Que exista una resolución firme (esto es, no susceptible de recurso alguno, ordinario ni extraordinario) que haya puesto fin al proceso.

2º) Que se haya producido la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE (es decir, de los reconocidos en los arts. 14 a 30 CE, en la medida en que hayan podido ser objeto de un proceso civil).

*3º) Que esa vulneración no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que haya puesto fin al proceso”.*⁷⁴⁷

MARC CARRILLO aduce que con ese instrumento procesal se objetiva conceder un mayor protagonismo a la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales, reforzando el llamado amparo judicial. El mismo órgano que debe reconsiderar una decisión ya tomada que pueda dar lesión de derechos fundamentales será aquél que podrá revisar su decisión. El éxito de la medida se cifra en la asunción por los jueces y tribunales de una nueva cultura jurisdiccional, en la que asuma con menos traumatismo la posibilidad de anular los propios actos jurisdiccionales.⁷⁴⁸

En ese sentido, se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con

⁷⁴⁷ *Ibíd.* Págs. 328-329.

⁷⁴⁸ CARRILLO, MARC. “*La reforma e la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis*”. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Págs. 123-125.

base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista antes de la reforma.⁷⁴⁹

FERNÁNDEZ SEGADO, a su vez, analiza que la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no parece llamada a hacer disminuir el número de recursos de amparo constitucionales y, por el contrario, lo probable es que a lo único que conduzca sea a propiciar el amparo frente a sentencias judiciales y, adicionalmente, frente a las providencias de inadmisión a trámite del incidente o respecto a los Autos desestimatorios.⁷⁵⁰

En cambio, FERNÁNDEZ FARRERES entiende que la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no reforzará el carácter subsidiario del amparo constitucional ni favorecerá que el número de recursos de amparo pueda descender, pues en la mayoría de los casos se habrá podido denunciar la vulneración del derecho fundamental antes de que la resolución firme ponga fin al proceso. Además aduce que resultaría poco probable que el mismo órgano judicial que ha dictado resolución firme rectifique su primera decisión.⁷⁵¹

GARRORENA MORALES subraya que el incidente de nulidad de actuaciones no sería la estrategia más acertada para lograr resolver el colapso de la sobrecarga del Tribunal Constitucional ya que ha sido concebido siempre como un instrumento extraordinario utilizable contra infracciones o vicios procesales y nunca como un proceso sustantivo y autónomo. Además, la asunción del instituto por la legislación procesal española ha sido vacilante e insegura, razón por la cual la Ley 34/1984 optó por suprimirlo y la LOPJ, en la versión inicial de 1985, mantuvo la supresión por considerar que las vías

⁷⁴⁹ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO; CÁMARA VILLAR, GREGORIO; MEDINA REY, LUIS FELIPE. *“La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional”*. Tecnos. Madrid. 2008. Ob. Cit. Pág. 18.

⁷⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”*. Dykinson. Madrid. 2007. Ob. Cit. Pág. 171.

⁷⁵¹ FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional. Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”*. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Págs. 158-159.

recursales existentes eran suficientes para dichas subsanaciones. Sin embargo, considerar que el juez llamado a resolver el incidente de nulidad de actuaciones es el mismo que está conociendo del caso es plausible considerar las limitadas esperanzas para que el juez revierta su decisión y evite la proposición de un amparo constitucional.⁷⁵²

ALMAGRO NOSETE critica la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones creyendo que sólo genera perspectivas de incremento en la litigiosidad y dilaciones ya que no impedirá la formulación del amparo constitucional.⁷⁵³

Por su parte, CRESPO BARQUERO defiende que para que el incidente de nulidad de actuaciones logre éxito es preciso que la protección difusa de los derechos fundamentales se asiente en un conocimiento adecuado de la doctrina del tribunal Constitucional evitando que se haya creado un trámite más dilatorio e inútil.⁷⁵⁴

MEGINO FERNÁNDEZ resalta que a pesar del esfuerzo del legislador no ha surgido, en sentido estricto, el mecanismo esbozado por el art. 53.2 de la Constitución, con lo que el cauce no sería preferente sino suplementario y excepcional. El autor disiente de la opinión del CGPJ, manifestada con ocasión del “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979” que defendía ser este un desarrollo legislativo del citado artículo. Al revés ni sumario se podría configurar el procedimiento, aun cuando disfruta de una tramitación relativamente rauda.⁷⁵⁵

De un modo sistemático la acreditada doctrina se manifiesta muy reticente en cuanto a los beneficios que ese procedimiento puede ocasionar para no colapsar el Tribunal Constitucional.

⁷⁵² GARRORENA MORALES, ÁNGEL. “*La ley orgánica 6/2007 y la reforma del tribunal constitucional. Notas para una crítica*”. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Ob. Cit. Págs. 234-237.

⁷⁵³ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. “*La reforma de la justicia constitucional*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Pág. 115.

⁷⁵⁴ CRESPO BARQUERO, PEDRO. “*La reforma de la justicia constitucional*”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006. Ob. Cit. Pág. 117.

⁷⁵⁵ MEGINO FERNÁNDEZ, DIEGO. “*El incidente de nulidad de actuaciones*”. Editorial Juruá. Lisboa. 2010. Pág. 267.

En cambio, RICHARD GONZALEZ, desde un punto de vista procesal, entiende que se configura un incidente de nulidad dotado de subsidiariedad, ya que es un remedio procesal que cabe frente a resoluciones que ya hayan adquirido firmeza; y es extraordinario, puesto que queda sometido al cumplimiento de requisitos diferenciados que ultrapasan los vicios de forma o de incongruencia antes previstos.⁷⁵⁶

En atención a este problema GONZÁLEZ ALONSO entiende que la trascendencia constitucional que el TC ha conferido en algunas de sus sentencias, como por ejemplo las SSTC 43/2010 y 107/2011, al incidente de nulidad de actuaciones, debería trasladarla al resto de los mecanismos de impugnación en la medida en que se interpongan con la finalidad de servir de vía para la primera tutela de los derechos fundamentales, ya que son más numerosos los casos de recursos ordinarios o extraordinarios los cuales parecen ser más eficaces que el incidente de nulidad de actuaciones en cuanto su conocimiento suele estar atribuido al órgano judicial superior jerárquico al que dictó la resolución presuntamente vulneradora de derechos. En ese sentido, defiende que dados los medios de impugnación son mecanismos de garantía más eficaces que el propio incidente de nulidad de actuaciones, en ciertos casos, no resulta coherente que la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito de la importancia del incidente y su tratamiento judicial no se extienda también al resto de los mecanismos de impugnación cuando por medio de ellos se inste la protección de un derecho fundamental.⁷⁵⁷

⁷⁵⁶ RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL. *“Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones”*. Thomson Aranzadi. 2008. Pág. 213. Véase también: YÉLAMO BAYARRI, ESTELA. *“Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas. La urgencia de un replanteamiento”*. Atelier Libros Jurídicos. 2006; LOURIDO RICO, ANA MARIA. *“La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC”*. Comares. Granada. 2004; GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA. *“El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil”*. Civitas. Madrid. 2002; HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL. *“La nueva regulación de la nulidad procesal”*. Editorial Forum, S.A. Oviedo. 1995; MATIN DE LA LEONA ESPINOSA, JOSE MARIA. *“La nulidad de actuaciones en el proceso civil”*. Editorial Colex. 1991; VERGÉ GRAU, JUAN. *“La nulidad de actuaciones”*. Librería Bosch Barcelona. 1987

⁷⁵⁷ GONZÁLEZ ALONSO, ALICIA. *“La protección de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución tras la <<objetivación>> del recurso de amparo”*. Revista CEFLEGAL. CEF. N°s 139-140. 2012. Pág. 104.

CODA: ALGUNOS ASPECTOS A DESTACAR EN LA COMPARACIÓN EFECTUADA ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA Y ESPAÑOLA EN EL TEMA DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La existencia de un único Tribunal (Corte o Consejo) Constitucional que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes a través de un proceso autónomo y cuyas decisiones tienen efectos generales, sigue siendo el elemento más característico de la influencia originaria europea. Pero ahora la Constitución aparece configurada como una norma plenamente incardinada en el ordenamiento y con amplios contenidos materiales, lo que comporta de un lado que los órganos de justicia constitucional asuman tareas de garantía del orden constitucional, y de otro lado, que los órganos jurisdiccionales ordinarios también apliquen la Constitución entrando en competencia compartida con los Tribunales o Cortes Constitucionales.

En la actualidad resulta muy difícil mantener una clasificación dicotómica que se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad. La consecuencia conceptual de esta superación es que en la actualidad la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales. El concepto de justicia constitucional hay que entenderlo como un concepto material sustantivo, esto es, como un conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales.

La formación del sistema de jurisdicción constitucional en Brasil marca sus orígenes en el modelo federal republicano de organización del sistema judicial ocasionando la dualidad de la justicia en estatal y federal, así como la configuración del control de constitucionalidad mixto atribuyendo a los jueces ordinarios y al Supremo Tribunal Federal la competencia para conocer del control de constitucionalidad, en la modalidad difusa para aquellos y en la modalidad concentrada para ese último Tribunal. En cambio, el sistema español alcanza el constitucionalismo enmarcado en el modelo kelseniano de control concentrado de constitucionalidad que atribuirá al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de la compatibilidad de las leyes con la Constitución y permitirá a este Tribunal el conocimiento de cuestiones de inconstitucionalidad, cuando entienda que existe inconstitucionalidad relacionada a un proceso ordinario que les incumba la decisión sobre el fondo, en los casos de duda de constitucionalidad por los jueces ordinarios que decidirán sobre la posibilidad de reenviarle el proceso.

El control concentrado de constitucionalidad en Brasil se produce a través del control jurisdiccional sucesivo utilizando los instrumentos jurídicos de la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declaratoria de constitucionalidad y la inconstitucionalidad por omisión. El control previo de constitucionalidad de las leyes en Brasil es ejercido por órganos políticos (en el proceso legislativo) con el objetivo de evitar la introducción de normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico. En los casos en que haya proceso legislativo tendente a abolir dichas cláusulas intangibles, la más acreditada doctrina entiende que es posible la incidencia de fiscalización jurisdiccional de constitucionalidad sobre proyectos de Enmiendas a la Constitución Federal, que afrontando el artículo 60, párrafo 4º, objective abolir la materia del núcleo inmodificable de la Carta Magna. La afirmación se apoya en la interpretación del citado artículo que dispone sobre la inconstitucionalidad de la pretensión legislativa en deliberar sobre una propuesta tendente a la abolición de dichas cláusulas.

En España, el control concentrado de inconstitucionalidad se realiza por el recurso de inconstitucionalidad que tiene por objeto la determinación en abstracto de la inconstitucionalidad de una norma. En el control preventivo de inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales la competencia del

Tribunal Constitucional no es meramente consultiva y se trata de evitar la ratificación de un Tratado Internacional que haría políticamente más onerosa su invalidación *ex post* por causas de inconstitucionalidad, que su bloqueo previo anterior a estos actos finales.

El control difuso de constitucionalidad en Brasil puede ser verificado por cualquier tribunal o juez cuando, en el transcurso de la acción judicial propuesta para su apreciación, es suscitada la inconstitucionalidad de Ley o acto normativo federal, estatal o municipal. El instrumento procesal hábil que requiere la revisión de la decisión en última instancia sobre la prejudicial de inconstitucionalidad es el recurso extraordinario. El elevado número de pleitos sometidos a la apreciación del Supremo Tribunal Federal ha reclamado la necesidad de revisión de la estructura del Poder Judicial. El recurso extraordinario ha recibido frecuentes críticas por someter a la Corte Suprema una cantidad de pleitos desproporcionada a su capacidad juzgadora. Por otro lado, no podemos dejar de considerar que el recurso extraordinario es un instrumento de garantía para el mantenimiento de la unidad legislativa nacional y de acceso, para los particulares, a la defensa de sus intereses constitucionales.

La cuestión de inconstitucionalidad, en España, es el instrumento jurídico apto para suscitar al Tribunal Constitucional que se manifieste sobre la inconstitucionalidad surgida en un proceso ordinario, pero no se puede hablar de un control mixto de constitucionalidad en España, sino de la existencia de un control concentrado, y, en cierto modo, influenciado para la verificación de inconstitucionalidad, por el mismo Tribunal Constitucional, de dudas surgidas en un proceso ordinario, pero que en ningún caso concederá al juez o tribunal ordinario la posibilidad de decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma.

En este sentido, la competencia para decidir sobre el planteamiento de la cuestión constitucional al TC es de los jueces encargados de la causa que actúan por oficio o a instancia de parte. Sin embargo, se permite a las partes del proceso que intervengan en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, para que formulen sus alegaciones en el plazo de otros 15 días. En ese sentido, la cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto la concreción de la inconstitucionalidad de una norma, en función de un proceso

ordinario donde se cuestiona su aplicación y obtuvo mayor democratización con la posibilidad de que las partes y el Ministerio fiscal puedan presentar alegaciones tanto ante el juez ordinario, para el convencimiento del envío de la cuestión al TC, como personándose ante el Tribunal Constitucional para proferir sus alegaciones, una vez recibido el proceso en el Tribunal.

Además, podemos verificar la autocuestión de inconstitucionalidad como una inconstitucionalidad surgida en un proceso de amparo que posibilitará una facultad especial del Tribunal Constitucional en virtud de la cual él puede instar la inconstitucionalidad de una ley.

En Brasil, en paralelo con el recurso extraordinario, apto para la protección de los derechos fundamentales a partir de un caso concreto, están las acciones constitucionales para la protección de los derechos fundamentales, en el nivel de la jurisdicción constitucional que llegan a la competencia del STF, representadas por el Habeas Data, el Mandato de Injunción, la Petición de Incumplimiento de Precepto Fundamental, el Habeas Corpus, el Mandato de Seguridad, la Acción Civil Pública y la Acción Popular.

En cambio, en España el recurso específico para reparar violaciones contra derechos fundamentales en el nivel de la jurisdicción constitucional es el recurso de amparo constitucional que protege, conforme enuncia la misma Constitución, derechos y libertades. Otras acciones de protección a los derechos fundamentales, como el Habeas Data y el Habeas Corpus son de competencia de la jurisdicción ordinaria.

El sustrato ideológico que permea el concepto de Constitución en Brasil y en España es distinto y, por lo tanto, distintos serán los derechos asegurados constitucionalmente.

Acreditada doctrina española defiende que no hay la posibilidad de que la Constitución alcance la protección de derechos fundamentales, sin titulares definidos, pues no sería posible verificar el derecho subjetivo tutelado. Si consideramos el concepto tradicional de derecho subjetivo, recordaremos que estos fueron categorizados como derechos de libertad puestos en situación de contradicción con el Estado, que clásicamente sería su violador, por lo tanto se pone aquí de manifiesto la relación procesal clásica de derecho-deber-tutela que parecerá la base de la Constitución española, de tradición clásico-liberal, como la mayor parte de los países europeos, para la cual no cabe la protección

de derechos difusos, es decir, aquellos derechos que tienen una causa de violación común de bienes jurídicos que afectan a derechos fundamentales, pero que no se puede identificar quienes son todos los afectados por la violación del bien jurídico.

En otro sentido, Brasil tras la influencia de la segunda guerra mundial, especialmente, congrega las ideologías de los Estados Liberales y de los Estados Sociales concediendo un especial énfasis a la protección de derechos difusos y colectivos, que estarán garantizados por acciones constitucionales específicas conforme hemos enunciado en las caracterizaciones, especialmente, de la acción civil pública y de la acción popular. En ambos casos se pueden tutelar derechos fundamentales cuyos titulares no son inicialmente conocidos, pero que podrán habilitarse en el proceso propuesto por el Ministerio fiscal o por otros órganos de representación democrática, para obtener la reparación del daño sufrido por medio de indemnizaciones.

Es verdad que en España la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya avanzó en la protección de derechos sociales, a pesar de su tradición liberal, pero nos parece apropiado que se incrementen las garantías para los derechos fundamentales de carácter difuso y colectivo, como modo de garantizar el pleno ejercicio de la ciudadanía, ya que los derechos humanos son concebidos como indivisibles y constantes por los Tratados Internacionales que España ha ratificado en sus tres dimensiones (libertad, igualdad y solidaridad). Si el argumento para la inexistencia de garantías jurisdiccionales específicos se basa en la imposibilidad jurídica de determinación de la relación procesal del caso, tal y como tradicionalmente concibe la doctrina española, Brasil puede aportar acciones constitucionales concretas para la tutela de estos derechos.

Debemos destacar, inclusive, que la acción civil pública es uno de los más efectivos instrumentos jurídicos para la prestación jurisdiccional de la tutela de derechos fundamentales procediendo a un celeridad procesal de juzgar en una sola demanda, controversia en que varias personas sean afectadas, como por ejemplo, la contaminación de un río con residuos químicos que produzca enfermedad a distintos sujetos, afectando al derecho a la salud.

En términos de las competencias, podemos decir que las competencias del Supremo Tribunal Federal brasileño evidencian responsabilidades de jurisdicción constitucional y resoluciones de otros procesos originarios o recursales, usualmente atribuidos a los Tribunales Supremos. El Tribunal Constitucional español limita sus actividades a las competencias marcadamente pensadas para un Tribunal, defensor de la jurisdicción constitucional, en los moldes kelsenianos, que se ocupa únicamente de la guardia de la Constitución.

Aunque existan distintas organizaciones estructurales y competenciales, tanto el Supremo Tribunal Federal brasileño como el Tribunal Constitucional español sufren con la sobrecarga de trabajo poniendo en riesgo la calidad de la defensa de la jurisdicción constitucional.

En 2004 se reformuló la Constitución brasileña concibiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo dotada de vinculación formal y atribuyendo con especial énfasis, a contestar el escenario de crisis que reclamaba una readecuación de la organización del trabajo del poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la modificación del recurso extraordinario que afectó tanto al control de constitucionalidad concentrado cuanto al control de constitucionalidad difuso, por ser este instrumento jurídico el vehículo de diálogo del control difuso con el Supremo Tribunal Federal y el que estadísticamente más problemas presentaba con la interposición de números imposibles de recursos para ser solucionados anualmente por los once Ministros del Tribunal Supremo. En 2006 fue regulado por la legislación infraconstitucional el procedimiento de la repercusión general definiendo una nueva dinámica procesal de tramitación del recurso extraordinario para alcanzar la llamada “objetivación del derecho”.

También, en 2007, España reforma la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y determina, entre otras modificaciones, la inclusión del requisito de especial trascendencia constitucional con vistas a “objetivar el recurso de amparo” como forma de enfrentar la avalancha de recursos y actualizar la legislación tras más de veinte años de vigencia del amparo constitucional.

En este sentido, en Brasil la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004, trajo modificaciones tanto en las disposiciones del control concentrado de constitucionalidad, especialmente en cuanto a los efectos de las decisiones en

el control concentrado, como en la regulación del control difuso con la objetivación del proceso decisorio por el Supremo Tribunal.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son entendidos tradicionalmente en Brasil como la equiparación entre inconstitucionalidad y nulidad. Sin embargo, la Ley nº 9.868, de 1999, acatando la necesidad de establecer un contenido más concreto para la producción de los efectos en el control concentrado de constitucionalidad, previno la facultad al Tribunal Supremo de restringir los efectos de la declaración o de decidir que esta declaración sólo tiene eficiencia a partir del momento que adquiriera efecto de cosa juzgada o de otro momento que venga a ser fijado, a partir de la decisión, por mayoría de dos tercios de sus miembros.

En España, por ocasión de la propuesta de reforma de la LOTC, parte de la doctrina propuso la inclusión de la previsión normativa para autorizar la modulación de los efectos en las sentencias del Tribunal Constitucional, pero la proposición no fue acatada quedando silente la LOTC respecto del tema.

Además, la Constitución brasileña prevé la existencia del llamado efecto vinculante en todas las decisiones definitivas de mérito proferidas en el control concentrado de constitucionalidad. Dicho efecto representa un mayor refuerzo de la autoridad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal frente a los jueces ordinarios, disponiendo que cuando no se cumplan las determinaciones de aquel Tribunal, las partes perjudicadas podrán interponer Reclamación para que el Supremo Tribunal preserve la autoridad de sus decisiones. Con esto, se instituyó en Brasil una vinculación rígida de toma de decisiones para los jueces ordinarios que están vinculados a la decisión contenida en el fallo, como un modo anómalo y obligatorio de alcanzar la uniformización jurisprudencial, lo que limita la libertad de decisión de los jueces en los procesos ordinarios.

La Reclamación como instrumento jurídico de preservación de la jerarquía del Supremo Tribunal Federal no logró disminuir la carga procesal que acomete a este Tribunal y, al revés, se notó el planteamiento de centenas de Reclamaciones anuales, porque ante de la ausencia de diálogo entre el control concentrado y el control difuso, los jueces no se ponen de acuerdo con la interpretación constitucional hecha por el Supremo Tribunal, especialmente

en materia económica y política, alejándose del fallo decidido por este Tribunal, por entender que en algunos casos el Supremo Tribunal se acerca ideológicamente del poder ejecutivo, responsable del nombramiento de los Ministros del Supremo Tribunal Federal, conforme se puede notar con la gran divergencia en la Acción Declaratoria de Constitucionalidad nº 4-DF.

Sin embargo, tras la regulación de los procedimientos del efecto vinculante, de los sumarios vinculantes, de la repercusión general y de la trascendencia constitucional, se apreció una caída estadística de procesos juzgados por el STF, aunque el nivel de divergencia entre los controles concentrado y difuso de constitucionalidad de las leyes siga acentuado con la existencia de centenas de Reclamaciones por el no cumplimiento de las decisiones del Tribunal Supremo. La caída estadística es solamente la consecuencia procesal de los procedimientos instaurados y no la obtención de un mayor grado de coherencia de juicio entre las dos esferas de control de constitucionalidad en Brasil.

Con la reducción de los recursos extraordinarios no se quiere decir que la justicia constitucional brasileña, de carácter mixto, haya logrado alcanzar una mejor relación dialectal entre el control concentrado y el control difuso de constitucionalidad, sino que el procedimiento definido procesalmente logró evitar el acceso del ciudadano a la justicia.

A su vez, en España la preservación de la autoridad de las decisiones del Tribunal Constitucional es garantizada por los artículos 4 y 92 de la LOTC que otorgan a este Tribunal la posición de última instancia a todos los efectos y permite su competencia absoluta para revisar todos los actos de la jurisdicción constitucional, lo que viene consubstanciado en el artículo 4.1, que otorga la potestad al Tribunal Constitucional para delimitar el ámbito de su jurisdicción y adoptar las medidas necesarias para apreciarla, pudiendo analizar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia en los asuntos sometidos a su conocimiento. El ordenamiento español no optó por establecer una vinculación formal de los dispositivos de la decisión sino que facultó al Tribunal Constitucional revisar y anular de oficio decisiones que juzgue pertinentes.

En este sentido, nos interesa dejar muy clara la diferencia entre el término “efecto vinculante” utilizado en España y en Brasil.

En España se puede decir que la vinculación constitucional a que se refiere el citado concepto está relacionada con la eficacia “*erga omnes*”, y, con la producción de efectos de carácter amplio y general de las decisiones definitivas del Tribunal Constitucional, que deben ser respetadas por todos los jueces y tribunales, ya que aquel es la máxima autoridad jurisdiccional.

En Brasil, en cambio, el efecto vinculante se transformó en un instrumento jurídico de vinculación formal, rígida, vinculando el uso de la Reclamación constitucional, como instrumento hábil para obligar la imposición de la jurisprudencia del STF en una vía procesal directa. En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Brasil, adquiere un aspecto de normativo judicial que crea norma formal, y, ésta, a su vez, es resguardada por la Reclamación que de modo rápido y directo, sin que se haya de agotar instancias recursales de revisión, obliga el cumplimiento de un juez o tribunal a la norma firmada por el STF.

Aunque haya sido muy criticado por la acreditada doctrina constitucional, el precepto normativo generado en el dispositivo final de las acciones directas y declaratorias de inconstitucionalidad, así como el precepto normativo consubstanciado en Sumarios vinculantes, pasan a ser normativos jurisprudenciales que una vez desobedecidos dan causa a la Reclamación directa al STF, superando todas las instancias recursales de revisión. Lo celebran los procesalistas en base a que permite la celeridad procesal. Padece la sociedad brasileña por la minusvaloración constitucional de los derechos al contradictorio y a la amplia defensa.

A su vez, el hecho de que le fuera otorgado al Tribunal Constitucional español la posibilidad de revisar o anular decisiones de otros tribunales, de oficio, justificado por la preocupación de paralizar la imprudencia de tribunales *a quo*, no deja de ser criticable por, en cierto modo, instaurar una especie de prerrogativa de “casación” que la historia jurídica brasileña, conforme hemos demostrado, evidenció de gran peligro para la sociedad. Esperamos que esta prerrogativa del Tribunal Constitucional español se mantenga siempre en los estrechos límites de la democracia.

La búsqueda de la “objetivación del derecho”, en el orden jurídico brasileño, involucra todo el ordenamiento procesal, sea constitucional o sea ordinario, estando ambos configurados para la objetivación del proceso

decisorio y para la optimización procesal de la demanda. Para agilizar el funcionamiento de los tribunales la intención de uniformizar la jurisprudencia representa para el derecho brasileño no solamente el establecimiento de paradigmas, sino también la optimización a cualquier coste de las demandas sometidas a la apreciación de los tribunales. Atendiendo a estos objetivos fueron incluidos en el ordenamiento jurídico, como hemos destacado, instrumentos de vinculación formal en la actuación de los órganos judiciales, por medio de los sumarios vinculantes, además de la repercusión general con trascendencia constitucional y del efecto vinculante, este último atribuido a las decisiones del control concentrado de constitucionalidad.

Estos instrumentos de vinculación formal se caracterizan por la existencia de la posibilidad de uso de un recurso más de preservación de la autoridad de las decisiones del STF, que es la Reclamación constitucional, utilizada para que en el caso de contrariedad por una decisión *a quo* de la jurisprudencia del STF en materia de constitucionalidad, la parte perjudicada acceda directamente al Tribunal Supremo, por medio de la Reclamación constitucional, para que este Tribunal ordene de modo rápido y directo la anulación de la decisión ordinaria.

En resumen, hablar de efecto vinculante en Brasil supone poder utilizar la Reclamación constitucional para imponer la decisión del STF, sin tener que revisar decisiones de jueces o tribunales ordinarios. La jurisdicción constitucional difusa brasileña se encuentra en un momento crítico de falta de prestigio y equilibrio jurisdiccional, al mismo tiempo que la jurisdicción constitucional concentrada se encuentra en beneficio de lograr instrumentos jurídico-procesales que impidan el acceso a la justicia. Los legisladores brasileños se presentan como grandes expertos en importar modelos de Alemania y Estados Unidos y distorsionarlos con la finalidad que se proponen.

El modo como España opera para resguardar la autoridad del Tribunal Constitucional es muy distinto y se relaciona con la precaución de evitar que su órbita de competencia sea invadida por tribunales ordinarios tal y como ha pasado con las tensiones evidenciadas entre este Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español.

Diferente es el modelo brasileño dónde antes que la uniformización procesal, el esclarecimiento de la doctrina constitucional o el tratamiento

igualitario a los justiciables, lo que se busca es imponer las decisiones del STF sin el debido cuidado de analizar las razones por las cuales los jueces y tribunales no se ponen de acuerdo para aplicar la jurisprudencia firmada por aquel Tribunal, en un determinado momento, lo que debería ser la lógica natural del control difuso de inconstitucionalidad, una vez que todos los jueces y tribunales pueden directamente dejar de aplicar una ley por entenderla inconstitucional para un determinado caso conforme sean cambiantes las circunstancias.

Ahora bien, si es función del control difuso de constitucionalidad verificar la inconstitucionalidad de una ley desde un caso concreto, y, si el Supremo Tribunal Federal en vez de tener en cuenta los fundamentos construidos en el control difuso de constitucionalidad, basados en la realidad jurídico-fáctica que se presenta, ignora lo argumentado por el juicio *a quo*, le restará al STF imponer decisiones sin que conozca de los hechos, lo que claramente no es su función, con lo que la consecuencia lógica es la proliferación de decisiones divergentes en el control difuso de inconstitucionalidad, que son corregidas por imposición de la jurisprudencia constitucional del STF, pero que seguirán siendo divergentes en la medida en que no presuponen como legítima la decisión del STF para el caso.

Este es un problema bastante serio que pone en riesgo la democracia y la ciudadanía ya que evidencia ilegitimidad de la Corte Suprema, que debería ser la máxima guardiana de la Constitución, y, termina por ser un órgano, que resguardadas sus cualidades en firmar algunas doctrinas positivas en materia de derechos fundamentales, se convierte en un órgano desacreditado para la protección jurisdiccional de los ciudadanos y de las ciudadanas.

Además del efecto vinculante, en el control concentrado de constitucionalidad, los Sumarios vinculantes funcionarán en el ámbito de la jurisdicción constitucional en el modelo de control difuso, como un instituto que impondrá las decisiones del Supremo Tribunal Federal a todos los demás jueces en el ejercicio del control difuso de inconstitucionalidad. El no cumplimiento de la decisión reducida en un Sumario de la Corte Suprema también posibilitará el uso de la Reclamación para preservar la autoridad de la decisión contenida en los Sumarios vinculantes.

Aparte de ello, la uniformización jurisprudencial ordinaria en el ámbito de un mismo tribunal puede ocurrir por medio de los *embargos infringentes*, los *agravios* y los *embargos de divergencia*, sin perjuicio de otros instrumentos jurídicos para la uniformización externa entre tribunales distintos, pero igualmente competentes para la aplicación del derecho federal: en materia de la justicia común, el *recurso especial* al Superior Tribunal de Justicia, considerando el contenido del artículo 105, inciso III, de la Constitución Federal de 1988 (CF/88); el *recurso de revisión* al Tribunal Superior del Trabajo, previsto en el artículo 896 de la Consolidación de las Leyes Laborales, cuando se trate de derecho laboral; el *recurso especial* en la Justicia electoral, con base en el artículo 276 del Código Electoral. Aunque los filtros de admisión a trámite de los variados recursos y acciones estén presentes en las varias esferas procesales del orden jurídico brasileño la optimización procesal no logró reducir el número de recursos extraordinarios para el Supremo Tribunal Federal.

Toda esta tendencia de cara a la objetivación constitucional se inaugura con el artículo 97 de la CF/88 que establece la ya referida “reserva del pleno” determinando que la cuestión constitucional ya decidida precedentemente por el STF es trascendente tornando dispensable la convocatoria del Pleno ante los tribunales *a quo*, a tenor de lo que consagró el artículo 481 del CPC.

En el control difuso de inconstitucionalidad la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004, conforme hemos señalado, instituyó el requisito de la repercusión general y la trascendencia constitucional del recurso extraordinario dedicado, entre otros asuntos, a proteger derechos fundamentales frente a violaciones ocurridas en un caso concreto. El concepto de la repercusión general fue firmado por la Ley nº 11.418/2006 acreciendo los artículos 543-A y 543-B en el CPC, que reglamentó la repercusión general identificado con la repercusión social, jurídica, política y económica.

El examen de la existencia del requisito de admisibilidad de la repercusión general se divide entre los aspectos formales y materiales. Los tribunales *a quo* tienen competencia para proceder al examen formal del recurso extraordinario evaluando si hay preliminar con fundamentación específica fundamentando la repercusión general.

La competencia para el examen material de la existencia de la repercusión general está exclusivamente atribuida al STF que motivará el fallo analizando si la materia es relevante para el orden social, jurídico, político o económico, y aún, si tiene transcendencia de interés colectivo para más allá de los intereses subjetivos de las partes.

La admisión a trámite del recurso extraordinario se configura como un “juicio diferido de admisibilidad”, puesto que este procedimiento será juzgado tanto por el tribunal *a quo* que tiene la competencia para remitir el recurso extraordinario a la apreciación del STF, después de verificar si está fundamentada la preliminar de repercusión general, como por este último Tribunal que evaluará la existencia de repercusión social, jurídica, política o económica y además decidirá si el caso trasciende a los intereses de la parte.

La Ley n° 11.418/2006 trató de determinar que en la esfera de la apreciación material del STF hay doble verificación de requisitos especiales que componen la “objetivación” del recurso extraordinario: la repercusión social, jurídica, política o económica, tenida como elemento objetivo relativo al objeto de la causa; y la transcendencia constitucional, configurada como elemento subjetivo relacionado con la superación de los intereses de la parte procesal para el interés colectivo que la cuestión constitucional demanda.

La decisión proferida en la instancia *a quo* que admita o no admita tramitar el recurso extraordinario para el STF debe ser fundamentada, conforme artículo 542, párrafo 1° del CPC y Sumario n° 123 del Superior Tribunal de Justicia. La inadmisión del trámite del recurso extraordinario para el STF podrá ocurrir en dos casos: cuando el juicio *a quo* observe la inexistencia de los requisitos procesales y de la preliminar de la repercusión general; también, cuando el STF ya se hubiere pronunciado sobre la inexistencia precedente de repercusión general al caso similar que vuelva a ser presentado. La decisión que no admita a trámite el recurso extraordinario con base en la segunda hipótesis mencionada deberá fundamentarse en un precedente jurisprudencial del propio STF, único órgano competente para juzgar si el caso posee la repercusión social, jurídica, política o económica y la transcendencia de la cuestión constitucional.

En el caso del juicio de admisibilidad en los tribunales *a quo* el presidente del tribunal o el vice-presidente o en su caso el presidente de la

Sala que recibe el recurso extraordinario verificará si se da la preliminar fundamentada de la repercusión general, requisito este de carácter constitucional previo, para a continuación analizar si el recurso cumple los requisitos recursales comunes, a saber: legitimidad del recurrente, interés procesal en recurrir, cabimiento del pedido, preparación con pago de los costes, tempestividad, todo en los términos del Código de Proceso Civil, artículos 242, 499, 511, 541, 543-A, párrafo 2º y del Código de Proceso Penal, artículo 577. No siendo admitido a trámite el recurso extraordinario en el tribunal de origen, que tiene la competencia para enviar el recurso al STF, la parte perjudicada podrá interponer Agravio de Instrumento, en los términos del artículo 544 del CPC o pedir aclaraciones sobre la decisión, vía Embargos de Declaración, conforme artículo 538 del CPC. La posibilidad Agravio Interno en el STF de la decisión del Ministro relator de ese tribunal que inadmitió el Agravio de Instrumento contra decisión del juicio *a quo* encuentra apoyo en el artículo 545 del CPC.

Remitido al STF el recurso extraordinario, con admisibilidad reconocida por el juicio de origen, el mismo será distribuido al relator que reexaminará los requisitos de admisibilidad. En ese momento el relator podrá decidir acerca de la intervención de *amicus curiae* (artículo 543-A, párrafo 6º del CPC) y aún podrá inadmitirlo en los términos del artículo 557 del CPC, pero no podrá decidir aisladamente sobre la configuración de la repercusión general que compite al órgano colegiado en los términos de la CF/88, artículo 102, párrafo 3º y del artículo 543-A, párrafo 4º del CPC. Solamente en el caso de la repercusión general presumida de la hipótesis de contrariedad a sumario o jurisprudencia dominante del STF es cuando el relator decidirá de plano por la existencia de repercusión general.

Siempre que se presenten en el tribunal *a quo* una multiplicidad de recursos con fundamento en idéntica controversia, el tribunal elegirá un recurso parámetro para actuar como *leading case* y suspenderá el juzgamiento de los demás recursos interpuestos bajo su apreciación de admisibilidad hasta que el STF se pronuncie sobre el mérito de la cuestión constitucional fijando precedente jurisprudencial que vinculará el tribunal *a quo* para juzgar el recurso sin la necesidad de que el proceso sea remitido al STF, en los términos del artículo 543-B y párrafo 1º del CPC. Con vistas a que los múltiples recursos

tengan su remesa al STF impedida, ese órgano editó los Normativos Administrativos n° 177/2007 y 138/2009 permitiendo que su Secretaria devuelva a los tribunales de origen los múltiples procesos que versen sobre materia pendiente de su apreciación en los casos en que aquellos tribunales no hayan suspendido la apreciación del recurso para esperar decisión definitiva acerca de la cuestión constitucional por la Corte Suprema.

Negada por el STF la existencia de la repercusión general los recursos suspendidos son automáticamente inadmitidos, en los términos del párrafo 2° del artículo 543 del CPC. A su vez, la decisión que niega la existencia de repercusión general es irrecurrible siendo aplicable para todos los casos idénticos, según preceptúa el artículo 326 del RISTF. El artículo 327 del mismo normativo dispone que solamente cabe Agravio si el precedente de negativa de la repercusión general estuviere en revisión o haya sido revisado por el STF.

Cuando el Supremo Tribunal decide el mérito de la cuestión constitucional con repercusión general los recursos suspendidos en los tribunales de origen serán por ellos juzgados pudiendo esos órganos declararlos perjudicados o se retrataren sobre su decisión anterior, en los términos del artículo 544-B, párrafo 3°. En efecto, en el ejercicio del principio constitucional de la libre decisión del juez el juicio *a quo* de mantener su decisión contraria al entendimiento del STF ese tribunal podrá anular o reformar la decisión de aquéllos en los términos de su Regimiento Interno, todo en conformidad del artículo 543-B, párrafo 4° del CPC.

El artículo 543-A, párrafo 6° del CPC permite la participación de terceros en la motivación de la decisión de la repercusión general. Tal dispositivo concede coherencia al procedimiento del juzgamiento sobre la existencia de repercusión general una vez que los interesados en los recursos suspendidos en el tribunal de origen delante del análisis del *leading case* por el STF deben tener el derecho al contradictorio, al debido proceso legal y a la amplia defensa conforme determina la Constitución. Además considerando el objeto de la repercusión general identificado por la relevancia social, política, jurídica o económica, y aún la transcendencia a los intereses de las partes, la manifestación del *amicus curiae*, aunque no siendo parte en un recurso

suspendido en el juicio de origen, permite la mayor determinación de los contenidos abstractos identificadores de la repercusión general.

Por su parte, la “objetivación” de la jurisdicción constitucional está contemplada en España en los artículos 49 y 50 de la LOTC que disciplinan la especial trascendencia constitucional como requisito para la admisión del recurso de amparo. Al contrario que Brasil, el concepto de la especial trascendencia constitucional no fue definido por vía legislativa.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español concretó el significado de la especial trascendencia constitucional cuando se observe:

Que se trata de recursos que traigan un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya recaído doctrina del Tribunal Constitucional; posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental o de un cambio de la doctrina de los órganos encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 de la Constitución; vulneración del derecho fundamental que se denuncia proveniente de la ley o de otra disposición de carácter general; vulneración del derecho fundamental que tenga causa en una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; fundamentación basada en el incumplimiento de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso, o que existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental ya sea interpretándola de manera distinta o

aplicándola en algunos casos y en otros no; negativa manifiesta por el poder judicial del deber de acatamiento de la doctrina del tribunal Constitucional; una cuestión jurídica de relevante y general repercusión judicial, económica o política.

En este camino la regulación del recurso de amparo fue modificada para invertir el juicio de admisibilidad, dejando de ser una inadmisión de las demandas por incumplimiento de los requisitos formales o materiales para pasar a una decisión de admisión para aquellos recursos que además de cumplir con estos requisitos justifique la existencia de la especial trascendencia constitucional.

En lo referente a las similitudes de los procedimientos procesales para alcanzar la llamada “objetivación del derecho”, en Brasil y en España, observaremos que ambos optaron por un procedimiento de admisión a trámite, similar al de Alemania, al mismo tiempo que concretaron el concepto de la “objetivación” a partir de la tradición jurídica construida en Estados Unidos. La diferencia es que en Brasil el concepto fue definido por ley, al tiempo que en España la definición partió de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

También cabe destacar que en Brasil la separación entre los conceptos de “repercusión general” y “trascendencia constitucional” deja claro que se acumulan dos argumentos que deben ser alegados en el recurso extraordinario: la repercusión para el orden constitucional de temas sociales, jurídicos, políticos y económicos; y que, además trascienda a los intereses subjetivos de la parte. A su vez, en España fue consagrada en la LOTC el término “trascendencia constitucional” que reúne los dos conceptos de relevancia constitucional de la materia y de superación de los intereses subjetivos de las partes, según está aclarando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

El procedimiento de admisión a trámite, en España, para verificación en la demanda de amparo, de la presencia de la especial trascendencia constitucional corresponde, en principio, a las Secciones del TC, pero en determinados supuestos las Secciones se limitarán a formular la correspondiente propuesta en los casos en que corresponderá a las Salas la

admisión o inadmisión del recurso cuando no haya obtenido la unanimidad de juicio por la Sección, en los términos de la combinación de los artículos 8.1, 41 a 46, 49 y 50.

El Pleno tiene la facultad de avocar el análisis de los recursos que juzgue pertinentes, controlando de este modo, el juicio de admisibilidad o inadmisibilidad de las Secciones y de las Salas, conforme determina el artículo 10.n de la LOTC. También estará bajo la competencia del Pleno la posibilidad de diferir a la Sala que corresponda el conocimiento del asunto, la decisión del fallo, desde que haya jurisprudencia consolidada del TC en la materia, tal y como dispone el artículo 8.2 y 8.3 de la LOTC. Presentadas las alegaciones o trascurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá diferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación. En estos términos la Sala o la Sección la sentencia en el plazo de diez días a partir del día señalado para la vista o deliberación, en los términos del artículo 52.2 y 52.3 de la LOTC.

La regulación del recurso de amparo, tal y como sucedió en Brasil, fue modificada para invertir el juicio de admisibilidad, dejando de ser una inadmisión de las demandas por incumplimiento de los requisitos formales o materiales para pasar a una decisión de admisión para aquellos recursos que además de cumplir esos requisitos justifique la existencia de la especial transcendencia constitucional.

Definiendo este procedimiento el artículo 44.1 dispone, en el apartado a), que deberán estar agotados todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. En el apartado c) del mismo artículo se exige la invocación formal del derecho constitucional vulnerado disponiendo que deba haberse denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

El artículo 42.2 posibilita amparo frente a violaciones de derechos originadas por omisiones de todos los poderes públicos, extendiéndose a las lesiones ocasionadas por el Poder Ejecutivo y la Administración, en los términos del artículo 43.1, ya que anteriormente el amparo por omisión se restringía al poder judicial.

El procedimiento de “preadmisión” por las Secretarías de Justicia permite la subsanación de incumplimiento de los requisitos exigidos en el plazo de diez días para evitar la inadmisión del recurso por falta de justificación debida, en los términos del artículo 49.4.

Cuando la decisión fuere por la inadmisión del recurso de amparo las Salas o las Secciones especificarán el requisito incumplido y notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Éste último podrá recurrir en súplica en el plazo de tres días. Sobre la decisión del Tribunal Constitucional, mediante Auto, no cabrá ninguna impugnación, en conformidad con el artículo 50.3 de la LOTC.

Observamos que Brasil y España optaron por procedimientos absolutamente diferentes al consagrar institutos jurídicos dedicados a la “objetivación del derecho”, lo que evidentemente parte de sus estructuras judiciales distintas, de las diferencias entre las relaciones puestas a la convivencia de las varias esferas jurisdiccionales decisorias y los diferentes recursos y acciones para la defensa de los derechos fundamentales. El procedimiento de admisión a trámite del recurso extraordinario en Brasil está compartido entre la jurisdicción ordinaria y el Supremo Tribunal Constitucional. En España la admisión a trámite incumbe únicamente a los órganos del Tribunal Constitucional.

El procedimiento definido en Brasil viene a atender a la dificultad de los múltiples recursos sometidos al STF sobre temas semejantes ante la posibilidad de que las partes puedan plantear un recurso extraordinario directamente al STF, cuando el juez ordinario conociendo de la cuestión de inconstitucionalidad acepte que no hay contradicción entre la ley aplicada al caso y la Constitución, pero la parte perjudicada entienda que se está vulnerando un derecho, ocasión en que podrá acudir a una segunda decisión sobre la inconstitucionalidad por el STF. Por tanto, el primer juicio formal de admisibilidad será realizado por el tribunal dónde se originó la demanda que en el caso de múltiples recursos elegirá un recurso extraordinario paradigmático que sirva para la decisión del fondo por el STF.

Estará a cargo de las Salas la verificación de la existencia o no del cumplimiento del requisito de la repercusión general y de la trascendencia constitucional habiendo la posibilidad de que en el caso que ya haya doctrina

consolidada del STF ésta puede resolver el recurso. En el caso de que se trate de un tema nuevo la Sala lo deberá remitir al Pleno con el objeto de que este decida la cuestión constitucional. Al resolver la cuestión el STF remitirá el recurso al tribunal de origen para que sea aplicada la doctrina por él sentada a todos los recursos similares, sin que los demás tengan que ser objeto de conocimiento por el mismo STF.

Este procedimiento al mismo tiempo que descentraliza el trabajo del Supremo Tribunal Federal causa mayores posibilidades de indefensión, debido a que el objetivo es primordialmente evitar que los recursos lleguen al Pleno del Supremo Tribunal Federal dificultando la revisión de la doctrina ya establecida y aun evitando que los rasgos diferenciales de cada demanda pueda ser apreciada por el Tribunal Supremo ya que es el tribunal ordinario quien decide sobre la remisión del recurso al STF. Además, nada podrá evitar los miles de Agravios de Instrumento contra decisiones de los tribunales de origen que nieguen el envío del recurso extraordinario al Supremo Tribunal Federal, los cuales serán apreciados por este mismo Tribunal.

En cambio España concentró el análisis de la existencia del requisito de la especial trascendencia constitucional en un único órgano: el Tribunal Constitucional, que es el competente para conocer del recurso de amparo constitucional que adquirió el referido requisito. La estructura judicial española reserva el ejercicio de la jurisdicción constitucional exclusivamente a este Tribunal y los derechos fundamentales están protegidos por un único recurso específico al acceso del ciudadano aunque haya cierta hibridación del control de constitucionalidad, conforme hemos señalado, previendo la cuestión de inconstitucionalidad para los casos de inconstitucionalidad evidenciada a partir de un caso concreto, pero la potestad de parte se limita a instar la cuestión y presentar alegaciones no siendo permitido proponer directamente al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, la concentración de la verificación del trámite de admisión del recurso de amparo asume sus especiales rasgos de competencia centrada en la Corte Constitucional.

El tema de la decisión de las cuestiones constitucionales en múltiples procesos, aunque parezca tentadora, debe ser tenido en cuenta con muchísimo cuidado si se trata de garantía de derechos fundamentales.

Es cierto que el recurso extraordinario no es un recurso que tenga como único objeto la protección de los derechos fundamentales y posee amplio objeto de control de constitucionalidad de leyes en general. En estos supuestos no nos preocupa que cuestiones constitucionales versadas sobre inconstitucionalidad de leyes que no supongan violación de derechos fundamentales sean decididas en múltiples recursos, a partir de un *leading case* que llegue al Supremo Tribunal Federal y que tras la decisión de la cuestión regrese al tribunal de origen para que utilizando la doctrina asentada decida sobre todos los demás casos.

El problema del juzgamiento de una determinada cuestión constitucional en múltiples recursos sí se pone de manifiesto cuando verse sobre derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

Debemos tener en cuenta que el actual constitucionalismo mantiene estrecha relación con los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos. Cuando un Estado ratifica un Tratado Internacional de derechos fundamentales incorporando esta normativa a su orden legislativo, la negativa de protección a estos derechos va a dar causa en condena del Estado frente al sistema internacional de protección.

Hoy día los derechos fundamentales presuponen múltiples niveles de protección que en España se evidenciará por el derecho nacional, el derecho constitucional, el derecho comunitario y el derecho en el ámbito del TEDH.

En Brasil no será distinto cuando los derechos fundamentales son protegidos por el derecho nacional, por el derecho constitucional y por el derecho resguardado en el Sistema Interamericano de derechos humanos, aunque no se pueda hablar de derecho comunitario protegiendo derechos fundamentales ya que el Mercosur no posee este tipo de garantía. Sin embargo, en el nivel de protección del derecho constitucional actuarán en Brasil dos modelos de control: el concentrado y el difuso.

En este escenario cuando hablamos de decisión en múltiples recursos de controversia sobre derechos fundamentales tenemos un gran problema: la exigencia de que sean superadas todas las instancias de protección en el sistema interno de cada país para que se tenga la certeza de

la indefensión antes de que se vaya a una condena política internacional de un Estado.

España no presentará este problema ya que el sistema de selección de los casos, en el supuesto de la admisión a trámite ocurrirá concentrado en el propio Tribunal Constitucional.

En cambio, Brasil tiene un gran problema al otorgar a la jurisdicción ordinaria la decisión en múltiples recursos de controversias sobre derechos fundamentales pudiendo generar indefensión por no haber sido agotadas todas las instancias de garantía constitucional para llegar a la máxima guardia de la Constitución, ya que los derechos fundamentales pueden demostrarse absolutamente cambiantes en los distintos casos.

Seleccionar recursos que versen sobre derechos fundamentales sin que en cada caso se pueda pronunciar un Tribunal Constitucional o, en su caso, un Supremo Tribunal es un procedimiento imprudente que fatalmente llevará a una mayor condena internacional por el no cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos para la total garantía de derechos.

El punto que se presenta aquí, por lo tanto, es que la opción de juzgar múltiples recursos en un procedimiento de celeridad procesal, referentes a derechos fundamentales, por la **jurisdicción constitucional**, es insuficiente para contestar a una efectiva protección de derechos que exima al Estado de una condena internacional por no cumplimiento de los términos ratificados en un Tratado Internacional.

Sin embargo, para los demás casos es un procedimiento eficaz y que puede descargar de trabajo a los tribunales ordinarios y también al Tribunal Supremo, que acumula muchas otras funciones, para agilizar la toma de decisiones.

En este sentido, la experiencia brasileña aporta una interesante cuestión para que la doctrina española desarrolle el tan recordado artículo 53.2 de la CE permitiendo que se establezca una vía única para el procesamiento de los amparos ordinarios e, incluso, desde la jurisdicción ordinaria ya se tenga una efectiva vía de conformación jurisprudencial, haciendo que la jurisdicción ordinaria asuma el protagonismo esperado en la protección de derechos fundamentales y cada vez más evite que amparos constitucionales lleguen al Tribunal Constitucional.

Por otro lado, en el caso brasileño el tema pasa por otra reflexión.

Se hace imprescindible que todos los recursos extraordinarios que versen sobre derechos fundamentales sean decididos por el STF.

El análisis no lleva a requerir cualquier cambio legislativo sino la consolidación de una doctrina constitucional que consagre que todo recurso extraordinario aparte de poder tener repercusión general en temas sociales y económicos, presentará indistintamente repercusión general política, dada la importancia de análisis de recursos de esta naturaleza por el Supremo Tribunal Federal evitando conflictos de política internacional con el Sistema Interamericano de derechos humanos.

Además, la necesidad de la constante evolución en la elaboración de doctrina constitucional para la protección de derechos fundamentales puede, desde un punto de vista de la interpretación conforme a la Constitución, en una perspectiva extensiva material, reconocer derechos implícitos en la Constitución, tal y como ocurrió con el reconocimiento por el STF de los derechos de beneficio, pensiones y otros derechos civiles patrimoniales en el tema de las relaciones estables homoafectivas.

Por lo tanto, la repercusión jurídica en constante evolución, concreción y esclarecimiento de doctrina constitucional sobre derechos fundamentales revela su repercusión general en el ámbito jurídico y en consecuencia, siendo el objetivo crear doctrina constitucional, además de garantizar derechos relativos a los derechos subjetivos de las partes, permanece atada a la exigida presencia de la trascendencia constitucional.

Si se dan los dos requisitos previos exigidos para que el Supremo Tribunal Federal se dedique a apreciar los recursos extraordinarios sobre derechos fundamentales, defendemos que la jurisprudencia puede a partir de estos presupuestos, acreditar doctrina constitucional que determine un “*sub-filtro*” en el filtro de la repercusión general.

Dicho de otro modo, todos los recursos sobre derechos fundamentales deben ser extraídos de los demás recursos extraordinarios que no versen sobre esta materia y deben llegar al STF por razones de repercusión general política y jurídica y trascendencia de los intereses subjetivos de las partes, tal y como hemos delineado en los argumentos presentados.

En lo referente a los efectos producidos por influencia de la trascendencia constitucional, en España, no hubo cambios significativos en comparación con el régimen del amparo constitucional, anterior a la reforma de 2007.

La eficacia de las decisiones del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo sigue produciendo cosa juzgada e impidiendo recursos contra las sentencias dictadas en estos procesos, como efecto corriente en los procesos que alcanzan la decisión definitiva de mérito cuando no es posible plantear más recursos.

El artículo 55 de la LOTC determina que la sentencia que otorgue el amparo contendrá alternativamente o acumulativamente los pronunciamientos siguientes: a) la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de los efectos; b) reconocimiento del derecho libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; c) restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Toda sentencia estimatoria contendrá el pronunciamiento acerca del reconocimiento del derecho o libertad vulnerado. Además, la sentencia estimatoria que otorgue el amparo puede incorporar en su fallo la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio del derecho o libertad protegidos, sin perjuicio de los casos en los cuales la vulneración sea imputable a una omisión del poder público debiendo ser restablecido el derecho del ofendido en razón de tal omisión.

No hay tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español cualquier entendimiento de que los efectos podrán ultrapasar el recurso de amparo juzgado, autorizando que en los casos semejantes el Tribunal Constitucional pueda rechazar la demanda a *limine*.

En sentido totalmente diverso la jurisprudencia del Supremo Tribunal Constitucional brasileño busca desarrollar una doctrina constitucional que permita la objetivación del derecho a otros recursos que versen sobre materia en que este Tribunal ya se pronunció, defendiendo el uso de Reclamación para casación directa de la decisión ordinaria, contraria a su entendimiento, sin que

se limiten a determinar la eficacia vinculante para el control difuso de inconstitucionalidad con el procedimiento constitucionalmente establecido para los sumarios vinculantes.

Conforme hemos dicho, a pesar de que tradicionalmente los efectos generados por el control difuso de constitucionalidad sean *inter partes*, la doctrina brasileña defiende que la repercusión general inauguró, en el sistema de control difuso, la atribución de eficacia *erga omnes*; por lo tanto la repercusión general en el recurso extraordinario sería un *tertium genus* situado entre el control difuso (incidental e *inter partes* – subjetivo) y el control concentrado (con efecto vinculante y eficacia *erga omnes* – objetivo) proporcionando la alteración del modelaje constitucional del control difuso.

Sin embargo, los sectores doctrinario y jurisprudencial defienden que la objetivación adoptada en el recurso extraordinario se dirige a una total “verticalización” de las decisiones del Supremo Tribunal Federal que amplíe el carácter vinculante de las decisiones plenarios, alcanzando inclusive las Reclamaciones constitucionales para extender efectos *erga omnes*.

De otro modo, comprendemos que la objetivación del recurso extraordinario, persiguiendo disminuir la carga de trabajo del Supremo Tribunal Federal, no autoriza a este mismo Tribunal a contrariar la Constitución y cambiar los efectos del control de constitucionalidad difuso de tal modo que el STF deje de apreciar casos concretos, típicos de esta modalidad de control, valiéndose de la Reclamación Constitucional para conceder eficacia *erga omnes* a sus decisiones, tanto por carecer de fundamento constitucional para ello, como porque la misma Constitución determina que el modo de uniformizar jurisprudencia en el control difuso de constitucionalidad es por medio de la creación de sumarios vinculantes, conforme el procedimiento constitucional establecido. La decisión no sólo va en contra del artículo 52, X, de la Constitución, que ya fue adecuado por dicha “mutación constitucional” para la extensión de los efectos con eficacia *erga omnes* por los sumarios vinculantes, sino que desconsidera el procedimiento de aprobación de los mismos sumarios para lograr esta ampliación de los efectos, lo que daría como resultado una decisión absolutamente inconstitucional proferida por la Corte Suprema, desacreditando la legitimidad de su jurisdicción como guardiana de la Constitución.

La comparación de los modelos, brasileño y español, en el caso de la protección de los derechos fundamentales, nos evidencia que los cambios legislativos todavía no lograron descargar al Supremo Tribunal Federal ni al Tribunal Constitucional español en el nivel satisfactorio que permita el funcionamiento adecuado de estos tribunales.

En efecto, en España tras más de veinte años de consolidación de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales, por una única vía constitucional (el recurso de amparo constitucional) y por un único Tribunal (el Tribunal Constitucional español), se aprecia que la “objetivación” del amparo constitucional no supone el temor de que se vacíe la garantía de los derechos fundamentales, aunque, claro está, la admisión a trámite imponiendo requisitos que exijan la fundamentación de la controversia que supere los intereses subjetivos de las partes, minusvalora la protección de los derechos individuales. Pero en todo caso, una vez evidenciado, el grave perjuicio que sufre el recurrente debería ser tenido en cuenta, así como se ha mantenido por la jurisprudencia en Estados Unidos y por la determinación constitucional alemana, la importancia del resguardo de la vertiente subjetiva, en determinados casos. En este supuesto, la jurisprudencia estadounidense se ocupa de proteger el derecho a la vida, revisando casos sobre la pena capital, por ejemplo. Asimismo, la normativa constitucional alemana determina que se debe proteger el derecho subjetivo de la parte cuando exista grave perjuicio al recurrente.

Por otra parte el temor por una labor equivocada del Supremo Tribunal Federal que conlleve a la indefensión de los derechos fundamentales es real por muchos factores:

1º - porque la jurisprudencia constitucional y procesal están totalmente dedicadas para lograr la dicha “objeción del derecho”;

2º - porque en el control concentrado de constitucionalidad, además de la eficacia *erga omnes*, característica de los efectos de este tipo de control, subsiste el efecto vinculante que fija un precepto normativo como extracto de la decisión que una vez no cumplido, autoriza la Reclamación constitucional directa,

superando toda las instancias recursales que podrían atestar si hay razón para que el control difuso decida por concretar un nuevo entendimiento al caso;

3ª – porque en el control difuso de inconstitucionalidad la vinculación jurisprudencial de los jueces y tribunales ordinarios, a las decisiones del STF, estará garantizada por los Sumarios vinculantes, que también supondrán la consagración de “preceptos normativos jurisprudenciales” y autorizarán el uso de la misma Reclamación para imponer las decisiones del Tribunal Supremo;

4º - porque la institución de la repercusión general y de la trascendencia constitucional prevé un sistema de selección por los tribunales a quo para decisión del STF de un único *leading case* que pondrá fin a múltiples recursos;

5º - porque el sistema propuesto no asegura que todos los recursos extraordinarios referentes a los derechos fundamentales sean procesados por el STF;

6º - finalmente, porque la postura del Supremo Tribunal Federal se ha decantado por decidir extrapolar los límites constitucionales que regulan la vinculación formal de la jurisprudencia para ampliar el uso de Reclamaciones en casos no previstos, de Sumarios vinculantes y de efecto vinculante, corrompiendo el proceso constitucional.

Con lo que hemos expuesto, podremos observar que la “objetivación” del recurso de amparo, en España, no supone el vaciamiento de la garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales, pero en Brasil las divergencias jurisprudenciales y los procedimientos procesales acentúan la posibilidad de indefensión en la protección de los derechos fundamentales.

Hay que destacar la utilidad de dicha “objetivación del derecho” siempre que logre descargar de trabajo a los Tribunales Constitucionales, pero,

y más precisamente, cuando sentando doctrina constitucional no provoque la indefensión de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

I

La comparación realizada en este trabajo nos permite defender la tesis de que a pesar de los distintos modos de acomodación de la jurisdicción constitucional ambos países – Brasil y España - todavía no encontraron la piedra angular de convivencia armónica entre los Tribunales Constitucionales encargados de la guardia y custodia de la Constitución y los demás órganos del poder judicial. Evidentemente se nota, en cada país a su modo, la búsqueda insistente en reforzar la jerarquía de las Cortes Constitucionales y minusvalorar, en cierto modo, el papel de la justicia ordinaria. Esta es una herencia del modelo concentrado de constitucionalidad creado por Hans Kelsen según el cual el único guardián de la Constitución debía ser un Tribunal situado fuera del sistema judicial. Sin embargo, como hemos enunciado en nuestro análisis la jurisdicción constitucional asumió características híbridas que necesitan ser concebidas con coherencia, en la actualidad, por los sistemas jurisdiccionales de Brasil y España.

II

Mantenemos la tesis de que se debe comprender la hibridación del control de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales en un equilibrio de competencias entre las Cortes Supremas y el poder judicial

ordinario, respetando las particularidades de cada orden constitucional. En Brasil la situación de desequilibrio para la protección de los derechos fundamentales se torna más complicada porque al optar por vinculaciones formales de la jurisprudencia otros recursos y acciones son utilizados para asegurar que la vinculación sea cumplida incrementando cada día más la capacidad de plantear procesos al STF.

III

Además, defendemos la tesis de que la naturaleza diferenciada de los derechos fundamentales requiere que el órgano capaz de decidir sobre el fondo de una controversia acceda siempre a su verificación, para que a partir de ella pueda identificar los rasgos diferenciales en cada caso, permitiendo reparar el derecho violado, sentar doctrina que facilite la uniformización procesal y cambiar la doctrina ya asentada que evidencie violaciones en nuevos casos sometidos previamente a la consideración de los operadores jurisdiccionales. En este caso, creemos acertado que en Brasil es importante la configuración de un filtro diferencial en la repercusión general para examinar los recursos extraordinarios que versen sobre derechos fundamentales, permitiéndoles siempre llegar al Supremo Tribunal Federal.

IV

Nuestra tesis consiste en atribuir un “*sub-filtro*” especial o sea el reconocimiento, por los tribunales ordinarios y por el Supremo Tribunal Federal, de la repercusión general y especial trascendencia constitucional a todos los recursos extraordinarios que tengan por objeto los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en razón de las siguientes proposiciones:

- A. En el nivel de la jurisdicción constitucional brasileña el órgano que detenta la última palabra sobre la

guardia de la Constitución es el Supremo Tribunal Federal.

- B. La responsabilidad internacional por indefensión de los derechos fundamentales recaerá sobre el Poder Ejecutivo desde que la demanda se deje de tramitar ante todas las instancias jurisdiccionales previstas por la Constitución y, en este caso, la última instancia que debe asegurar la reparación del derecho vulnerado es el Supremo Tribunal Federal.
- C. En el recurso extraordinario el primer procedimiento de admisión a trámite ocurre ante los tribunales ordinarios que suspenderán los múltiples recursos que versen sobre una determinada materia, aguardando la decisión del Tribunal Supremo acerca de un único recurso paradigmático, que servirá de base para que el tribunal de origen resuelva los demás recursos suspendidos.
- D. Pero, en materia de derechos fundamentales, dada su naturaleza principiológica, que se va a concretar en cada caso, se pueden presentar elementos diferenciales que permitan al Supremo Tribunal Federal cambiar su doctrina constitucional y, por lo tanto, no puede quedar a cargo de los tribunales ordinarios rechazar la admisión a trámite de recursos de esta naturaleza.
- E. El recurso extraordinario que trate de violación de un derecho fundamental debe siempre ser concebido como dotado de repercusión general y trascendencia constitucional.
- F. La repercusión general jurídico-política, definida por la legislación vigente, es evidenciada delante de la obligada tarea del sistema constitucional

brasileño de permitir la tramitación de la demanda hasta la última instancia prevista para tal fin, evitando que el país sea procesado por irresponsabilidad internacional.

- G. Además, en determinados casos, en que el recurso extraordinario tenga por objeto derechos sociales o difusos, la repercusión social completa la primera hipótesis evidenciando doble satisfacción de la configuración de la repercusión general.
- H. La especial trascendencia constitucional es característica intrínseca de los recursos extraordinarios sobre derechos fundamentales dada la necesidad de que el Supremo Tribunal Federal pueda sentar jurisprudencia constitucional con eficacia “*erga omnes*” o vincular el entendimiento en los sumarios vinculantes para servir de base al control difuso de constitucionalidad evitando el planteamiento de nuevos recursos extraordinarios, una vez que la cuestión sea solucionada por el juez ordinario.
- I. Todos los tribunales de origen deberán filtrar los recursos extraordinarios sobre derechos fundamentales, justificar la existencia de la repercusión general jurídico-política y social (dependiendo del grupo de derechos vulnerados), así como la especial trascendencia constitucional y elevar la cuestión al Supremo Tribunal Federal, comprendiendo que para esta materia el sistema de suspensión de múltiples recursos puede dar causa a indefensión y responsabilidad internacional del Brasil por incumplimiento de las responsabilidades internacionalmente asumidas.
- J. El Pleno del Supremo Tribunal Federal debe privilegiar el análisis de los recursos extraordinarios

sobre derechos fundamentales permitiendo la continuada revisión de su jurisprudencia en materia de estos derechos.

V

En este sentido, defendemos la tesis de que sea firmada jurisprudencialmente, por el Supremo Tribunal Federal, una decisión con efecto vinculante que asegure el reenvío por los tribunales *a quo*, de los recursos extraordinarios sobre derechos fundamentales, estableciendo un filtro especial ajeno al sistema de la masificación del juzgamiento de los múltiples recursos de que deben conocer los tribunales ordinarios. La tesis defendida encuentra amparo en la propia Constitución no habiendo contrariedad a cualquier precepto constitucional, sino adecuación de la legislación procesal ordinaria que tampoco determina de forma rígida los recursos que deben ser objeto de juzgamiento reflejo por múltiples recursos encargados a los tribunales ordinarios.

VI

Así pues, hay que considerar que el recurso extraordinario, en Brasil, tiene un rol amplio de asuntos que pueden ser argüidos en el control difuso de inconstitucionalidad y no todos se relacionan con derechos fundamentales. Por esto no hay en Brasil, como hay en España, una práctica de décadas de uniformización jurisprudencial en materia de derechos fundamentales, lo que se acentúa por la dispersión de las decisiones de los jueces en el control difuso de constitucionalidad que muchas veces son contradictorias. Sumada a esta propuesta defendemos la tesis de que será posible disminuir la sobrecarga del Tribunal Supremo cuando haya una mayor valorización de la competencia de

los jueces ordinarios en las decisiones relativas a los recursos extraordinarios, impartidas en el control difuso de inconstitucionalidad.

VII

El reforzamiento del control concentrado de constitucionalidad en Brasil ha dado margen para divergencias jurisprudenciales entre los jueces ordinarios y el propio STF porque se nota una imposición de jurisprudencia vinculadora formal, algunas veces dudosas, y un desprestigio en considerar las decisiones que partiendo de un caso concreto evidencian que el tratamiento debería ser distinto, pero en nombre de la optimización procesal el STF niega el conocimiento del asunto causando indefensión del derecho. Así las cosas, el control difuso se convierte en un importante actor para la defensa de los derechos fundamentales, reparando la ofensa del derecho en el proceso originario y evitando que recursos extraordinarios sean propuestos ante el Supremo Tribunal Federal. El fortalecimiento del control difuso de constitucionalidad en ninguna hipótesis superará la posición del Supremo Tribunal Federal como máximo guardián de la Constitución, sino que trabajará potenciando el diálogo para evitar que conflictos y divergencias jurisprudenciales constantes terminen siendo resueltas por imposición de sumarios vinculantes o por efectos vinculantes del control concentrado que ni siquiera entraron a conocer la cuestión causando indefensión de un derecho.

VIII

En este aspecto defendemos la tesis de que Brasil debe reordenar la articulación entre el control de constitucionalidad, concibiendo un mayor diálogo entre el STF y los jueces ordinarios como forma de permitir que los actores

implicados en el control de constitucionalidad, a partir de un caso concreto, puedan defender sus argumentos llevados a la máxima consideración con relación a la definición de por qué el STF debería revisar su doctrina respecto a aquella determinada demanda. Esta práctica, además de proporcionar coherencia y uniformización jurisprudencial, evitando divergencias entre las instancias judiciales, llevaría a la necesaria desconcentración de las tomas de decisiones permitiendo que el control difuso asuma un protagonismo en la defensa de los derechos fundamentales con lo que se evitaría que muchas demandas llegasen hasta el Tribunal Supremo. Esta proposición no implicaría cualquier alteración legislativa sino un cambio de cultura jurídica en un control mixto de constitucionalidad que a pesar de la determinación constitucional de atribuir competencia a todos los jueces para la garantía de los derechos fundamentales el STF no se libró de los peligros de su concentración de autoridad judicial durante el periodo desgraciado de Dictadura Militar.

IX

Por su parte, el modelo reformado en 2007, en España, no presenta problemas en cuanto a la imposibilidad de que la violación de un derecho fundamental llegue al Tribunal Constitucional, ya que en el ámbito de la jurisdicción constitucional este es el único órgano encargado de conocer del amparo constitucional. Sin embargo, aunque se haya optado por asumir la inversión del procedimiento de inadmisión para la admisión a trámite no habrá fórmula mágica que evite que sea un único Tribunal el que resuelva todos los recursos de amparo constitucional en la jurisdicción española.

X

A pesar de la mayor influencia de la herencia del control concentrado de constitucionalidad del modelo europeo, la hibridación del sistema y la recepción de elementos del control difuso de inconstitucionalidad necesitan ser revisadas para permitir una mayor desconcentración de la actividad

jurisdiccional de defensa de los derechos fundamentales. Esta hibridación que defendemos demanda que sus principios sean trasladados al recurso de amparo constitucional, ya que a día de hoy la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser interpuesta por las partes que quedan limitadas únicamente a instar la cuestión y a manifestarse en ella; además, el amparo constitucional es el recurso específico y excepcional para la defensa de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional.

XI

Tras la reforma del año 2007 de la LOTC el procedimiento de nulidad de actuaciones, en cuanto recurso de “amparo ordinario”, ha sido recibido con dudosa utilidad y con amplias críticas dada la cuestionada posibilidad de que los jueces *a quo* revisarían sus propias decisiones. Varias propuestas van en el sentido de la necesidad de unificar las vías de protección ordinaria de los derechos fundamentales y desarrollar el dispositivo constitucional que regula el amparo ordinario, a tenor del artículo 53.2 de la CE. Creemos que un procedimiento ante la justicia ordinaria que permita la unificación de la tramitación del amparo ordinario, pensado a partir de la posibilidad de juzgamiento de múltiples recursos podrá ser útil para evitar la dispersión de las vías ordinarias y, al mismo tiempo, estar garantizado un procedimiento que permita al órgano competente agilizar la toma de decisiones en procesos que versen sobre misma materia, lo que para España no será de todo complicado ya que la jurisprudencia constitucional que uniformiza la doctrina a ser aplicada por la justicia ordinaria ya está asentada desde hace más de veinte años.

XII

Lo fundamental en esta estructuración sería considerar que por haber una única vía constitucional de amparo la doctrina del Tribunal Constitucional pudo construir precedentes jurisprudenciales consolidados que sirven de base para la jurisdicción ordinaria y, por lo tanto, estando asentada la interpretación conforme la Constitución, además de haber sido reforzada la

posición del Tribunal para modificar o anular las decisiones del poder judicial, el mejor camino es trabajar cada vez más en pro de la desconcentración de la toma de decisiones en materia de amparo de derechos. Sin embargo, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional español, se centra principalmente en los derechos y libertades individuales (Arts. 14-29 de la CE). Creemos en la necesidad de que en el constitucionalismo contemporáneo los sistemas constitucionales concedan un trato similar en el aspecto jurisdiccional de la garantía a los derechos fundamentales constitucionales en sus distintas dimensiones: de libertad, de igualdad y de solidaridad.

XIII

En función de las conclusiones anteriores es conveniente que se apueste en España por la imperiosa necesidad de adoptar acciones procesales que protejan de forma adecuada y eficiente los derechos colectivos y los derechos difusos; posibilitando, además, la decisión judicial sobre una controversia que afecte tanto a sujetos colectivos como a los titulares indeterminados de derechos. Todo ello en cuanto modelo destinado a garantizar mejor el ejercicio de los derechos de la ciudadanía. A este respecto pueden servir de modelo algunos ejemplos adoptados en Brasil, como las acciones constitucionales.

XIV

El camino a seguir, tanto en Brasil como en España, es en nuestra opinión, potenciar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria. De este modo, el más adecuado no es insistir en la implantación y desarrollo de instituciones jurídicas que siguen de cerca el modelo del “*certiorari*”, que ha sido pensado esencialmente para un sistema difuso de vinculación gracias al principio del “*stare decisis*”. Tampoco será necesario un filtro de admisión a trámite o el establecimiento de procedimientos especiales que frenen el incremento de los recursos

planteados, sino que la descentralización del proceso de toma de decisiones judiciales posibilita una mayor eficacia en el trabajo del supremo intérprete constitucional, órgano de cierre del sistema jurídico y político, tanto en Brasil como en España.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. *“Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional”*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998.

AFONSO DA SILVA, JOSÉ. *“Ação popular constitucional. Doutrina e processo”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1968.

AFONSO DA SILVA, JOSÉ. *“Curso de direito constitucional positivo”*. Malheiros Editores. São Paulo. 1997.

AGUIAR DE LUQUE, LUIS. *“Control de normas en el modelo europeo de justicia constitucional”*. En: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002.

AHUMADA RUIZ, MARIA ÁNGELES. *“La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas”*. Thomson, Civitas. Navarra. 2005.

ALBUQUERQUE, MANUEL MAURÍCIO. *“Pequena história da formação social do Brasil”*. Editora Graal. Rio de Janeiro. 1981.

ALEXY, ROBERT. *“Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 91. Año 31. Madrid. 2011.

ALEXY, ROBERT. *“Teoría de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.

ALONSO GARCÍA, ENRIQUE. *“La interpretación de la Constitución”*. Colección Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *“Curso de derecho constitucional. El Estado constitucional, el sistema de fuentes, los derechos y libertades”*. Volumen I. Tecnos. 2008.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *“Curso de derecho constitucional. Los órganos constitucionales. El Estado autonómico. Volumen II”*. Tecnos. 2008.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *“El régimen político español”*. Editora Tecnos. Madrid. 1990.

ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE. *“La incidencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico”*. En: *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución Española de 1978*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1998.

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. Poder Judiciário. *“Cadernos de direito constitucional e ciência política”*, São Paulo, n.º 18, jan./mar. 1997.

ARAGÓN REYES, MANUEL. *“Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional”*. En: *Revista de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988.

ARAGÓN REYES, MANUEL. *“Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control”*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995.

ARAGÓN REYES, MANUEL. *“El control como elemento del concepto de Constitución”*. En: Política y Sociedad. Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol. Volumen I. Centro de Investigaciones Sociológicas. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987.

ARAGÓN REYES, MANUEL. *“Estudios de derecho constitucional”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

ARAGÓN REYES, MANUEL. *“La democracia constitucional”*. En: Constitución y Constitucionalismo Hoy. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas. 2000.

ARANTES BASTOS, ROGÉRIO. *“Consensos e dissensos na reforma constitucional do judiciário”*. En: Os Juízes e a Reforma do Judiciário. São Paulo. 2001.

ARAÚJO, LILIAN ALVES DE. *“Ação civil pública ambiental”*. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2001.

FIUZA, RICARDO ARNALDO MALHEIROS. *“Mandado de segurança: notícia histórica”*. En: Mandado de Segurança e de Injunção. Editora Saraiva. São Paulo. 1990.

ARRUDA ALVIM NETO, JOSÉ MANUEL. *“A argüição de relevância no recurso extraordinário”*. En: Revista dos Tribunais. São Paulo. 1988.

ARRUDA, PAULA. *“Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal”*. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

BAILYN, BERNARD. *"The ideological origins of the American Revolution"*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London. 1992.

BAKER. *"A practical guide to certiorari"*. 33 Cath. U. L. Rev. 611. 1984.

BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO; CÁMARA VILLAR, GREGÓRIO, MEDINA REY, LUIS FELIPE. *"La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional"*. Tecnos. Madrid. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *"Curso de direito administrativo"*. Ed. Malheiros. São Paulo. 2008.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *"A emenda constitucional 45 e o processo"*. En: Revista Dialética de Direito Processual, nº 33. 2005.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *"Comentários ao Código de Processo Civil"*. Editora Forense. São Paulo. 3ª Ed. 1999.

BARROSO, LUIS ROBERTO. *"Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira"*. Renovar. Rio de Janeiro. 2006.

BERGALLI, ROBERTO. *"Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial"*. Depalma. Buenos Aires. 1984.

BERMAN, JOSÉ GUILHERME. *"Repercussão geral do recurso extraordinário. Origens e perspectivas"*. Juruá Editora. Curitiba. 2009.

BEUAD, OLIVIER. *"De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système federal"*. En: La Notion de Justice Constitutionnelle. Dalloz. Paris. 2005.

BIANCHI, PAOLO. *“Giustizia costituzionale negli Statu Uniti”*. En: Esperienze di Giustizia Costituzionale. Tomo I. U.S.A, Canadá, Svizzera, Áustria, Germânia, Francia. G. Giappichelli Editore – Torino. 2000.

BIEDMA FERRER, JOSÉ MARIA. *“El recurso de amparo constitucional en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*. En: La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

BIGLINO CAMPOS, PALOMA. *“En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano”*. En: La Democracia Constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Congreso de los Diputados. Tribunal Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Fundación Ortega y Gasset. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.

BINENBOJM, GUSTAVO. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *“O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9868/99”*. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2001.

BITTENCOURT, C. A. LÚCIO. *“O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1968.

BLASCO SOUTO, M.^a DEL CARMEN. *“La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad”*. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. 1995.

BONAVIDES, PAULO. *“Curso de direito constitucional”*. Editora Malheiros. São Paulo. 1993.

BORRAJO INIESTA, IGNACIO. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO. FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1995.

BORRAJO INIESTA, INACIO. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006.

BRAGHITTONI, R. IVES. *“Recurso extraordinário. Uma análise do acesso ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com a Lei nº 11.418/06 (Repercussão Geral)”*. Editora Atlas. São Paulo. 2007.

BREWER-CARÍAS, ALLAN R. *“Judicial review in comparative law”*. Cambridge University Press. Cambridge. New Cork Port Chester. Melbourne Sydney. 1989.

BRYCE, JAMES. *“Constituciones flexibles y Constituciones rígidas”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988.

BURKE, EDMUND. *“Reflexiones sobre la Revolución Francesa”*. Colección Civitas. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1978.

BUSTOS GISBERT, RAFAEL. *“¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española?”* En: *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, nº 4, 2º semestre.

BUZAID, ALFREDO. *“Da ação direta de declaração da inconstitucionalidade no direito brasileiro”*. Editora Saraiva. São Paulo. 1958.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO. *“Los procesos de control de constitucionalidad de la ley (I): los procedimientos de control directo”*. En: *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*. McGraw-Hill. Madrid. 1997.

CALMON DE PASSOS, J. J. *“Da argüição de relevância no recurso extraordinário”*. En: *Revista Forense*, a. 73, v. 259. Rio de Janeiro. Jul/Set 1977.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *“Constituição dirigente e vinculação do legislador”*. Coimbra Editores. Coimbra. 1994.

CANO MATA, ANTONIO. *“Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986.

CAPPELLETTI, MAURO. *“O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado”*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1984.

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *“El recurso de amparo constitucional y la defensa de derecho a la tutela judicial efectiva. Apuntes para una reforma”*. En: *La Reforma del Recurso de Amparo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

CARMONA CUENCA, ENCARNA. *“La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”*. Universidad de Alcalá. Alcalá. 2005.

CARRASCO DURÁN, MANUEL. *“Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.

CARREIRA ALVIM, JOSÉ EDUARDO. *“Código de processo civil reformado”*. Del Rey. Belo Horizonte. 1999.

CARRILLO, MARC. *“La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”*. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de Reforma de la LOTC*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

CASCAJO CASTRO, JOSE LUIS. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006.

CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS. *“La sentencia constitucional”*. En: *Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes Políticas*. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución Española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988.

CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS; GIMENO SENDRA, VICENTE. *“El recurso de amparo”*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1984.

CASTILLO RIGABERT, FERNANDO. *“La admisión del recurso de amparo”*. Universidad de Murcia. Murcia. 1991.

CLAUDIUS ROTHENBURG, WALTER. *“Arguição de descumprimento de preceito fundamental”*. En: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001.

CLAUDIUS ROTHENBURG, WALTER. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *“O controle de constitucionalidade e a Lei n.º 9869/99”*. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2001.

CHEMERINSKY, E. *“Bush v. Gore loss not justiciable”*. 76. Notre Dame L. rev. 2001. 1073.

CLÈVE, CLÈMERSON. *“A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro”*. Editora RT. São Paulo. 1995.

COLOMER, JOSEP M. *“La transición a la democracia: el modelo español”*. Editorial Anagrama. Barcelona. 1998.

CORDÓN MORENO, FAUSTINO. *“El proceso de amparo constitucional.”*. Editorial la Ley. Madrid. 1992.

CORZO SOSA, EDGAR. *“La cuestión de inconstitucionalidad”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

COSTA, COQUEIJO. *“Mandado de segurança e controle constitucional”*. Edições LTR. São Paulo. 1985.

CRETELLA JÚNIOR, J. *“Do mandado de segurança”*. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo. 1974.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *“El control previo de constitucionalidad”*. Revista de Derecho Público. Nº 82. 1981.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *“La reforma de la justicia constitucional”*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2006.

CUNHA FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA. *“Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais”*. Editora Max Limonad. São Paulo. 1986.

DA CUNHA JUNIOR, DIRLEY. *“Arguição de descumprimento de preceito fundamental”*. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006.

DA SILVA PACHECO, JOSÉ. *“O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

DANTAS, MARCELO. *“Reclamação constitucional no direito brasileiro”*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2000.

DE ALMEIDA MELO, JOSÉ TARCÍZIO. *“Reformas: administrativa, previdenciária, do judiciário”*. Del Rey. Belo Horizonte. 2000.

DE CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. *“Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. Lei 7.347/85 e legislação complementar”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

DE CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. *“Ação popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.

DE CAMARGO MANCUSO, RODOLFO. *“Recurso extraordinário e recurso especial”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010.

DE ESTEBAN, JORGE. *“Las Constituciones de España”*. Editorial Taurus. Madrid.1983.

DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. *“El régimen constitucional español 1”*. Labor Universitaria. Barcelona. 1980.

DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. *“De la dictadura a la democracia. (Diario Político de un Periodo Constituyente)”*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid. 1979.

DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS. *“La crisis del Estado franquista”*. Editorial Labor Politeia. Barcelona. 1977.

DE MEDEIROS MELO, GUSTAVO. *“A legitimidade ativa na ação popular – relendo o conceito de cidadania quarenta anos depois”*. En: *Ação Popular - Aspectos Relevantes y Controvertidos*. RCS Editora. São Paulo. 2006.

DE VEGA, PEDRO. *“Del Tribunal Constitucional”*. En: *Constitución Española Edición Comentada*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1979.

DÍAZ, ELÍAS. *“La transición a la democracia”*. Editorial Eudema. Madrid. 1987.

DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA. *“Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994.

DÓREA PESSOA, ROBERTO. *“Recurso extraordinário. Grau de cognição do juízo de mérito”*. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO. *“La experiencia constitucional (1978-2000)”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000.

FAORO, RAIMUNDO. *“Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro”*. Editora Globo. São Paulo. 1989.

FAVOREU, LOUIS. *“Modele americain et modele europeen de justice constitutionnelle”*. Annuaire International de Justice Constitutionnelle. Volumen IV. 1988.

FARIA, JOSÉ EDUARDO. *“A crise do judiciário no Brasil”*. En: Independência dos Juízes no Brasil. Aspectos Relevantes, Casos e Recomendações”. MNDH/NE e GAJOP. Recife. 2005.

FARIA, JOSÉ EDUARDO. *“O poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada”*. En: Revista da AJUFE, a. 19, n. 64. Jul/Set/2000.

FERNÁNDEZ DE CASTRO, IGNACIO. *“De las Cortes de Cádiz al posfranquismo. 1808-1980”*, Volumen I. Editorial El Viejo Topo. Barcelona. 1981.

FERNANDES DE OLIVEIRA, RÉGIS. *“Curso de direito financeiro”*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2000.

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Cometarios al Título III de la LOTC”*. Marcial Pons. Madrid. 1994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JÚLIO; GUDE FARNÁNDEZ, ANA. *“La reforma del trámite de admisión del recurso de amparo”*. En: La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La jurisdicción constitucional en España”*. Dykinson. Madrid. 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *“La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. (Reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”*. Dykinson. Madrid. 2007.

FERRATO, RUBENS POLO. *“Recurso extraordinário”*. En: Revista PGE, jan/fev. 1987. N^os 27-28.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *“Curso de direito constitucional”*. Editora Saraiva. São Paulo. 1996.

FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Ação civil pública e o controle de constitucionalidade”*. Ed. Saraiva. São Paulo. 2007.

FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”*. En: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001.

FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade”*. Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo. 1999.

FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil”*. Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo. 2000.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55.2 de la LOTC)”*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año nº 7. Nº 21. 1987.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Amparo y casación civil”*. La Ley. Año VIII. Nº 1801.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Balance de veinticinco años de recurso de amparo”*. En: Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades. Editorial Porrúa. México. 2009.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“Derechos fundamentales y abuso de inmunidad”*. La Ley. Año X. Nº 2160.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El derecho a la tutela judicial efectiva”*. Tecnos. 1990. Madrid.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El emplazamiento personal y directo (art. 64 LJCA) como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”*. La Ley. Año VII. Nº 1546.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El grado de suficiencia en la motivación del suplicatorio y la doctrina del Tribunal Constitucional”*. Revista de las Cortes Generales. Nº 27. 1992.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“El recurso de amparo: estado de la cuestión”*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2001.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. *“En torno a las garantías del sistema parlamentario español”*. Temas de Derecho Público. Nº 26. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*La actual reforma del recurso constitucional de amparo*”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, nº 6. 2006.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*La actual reforma del recurso constitucional de amparo*”. En: Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades. Editorial Porrúa. México. 2009.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*La Ley Orgánica 6/2007 y el previsible fracaso de la reforma de la justicia constitucional española*”. En: Ensayos de Justicia Constitucional sobre Derechos y Libertades. Editorial Porrúa. México. 2009.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*Prerrogativas parlamentarias y quiebra del principio de igualdad*”. Revista de las Cortes Generales. Nº 17. 1989.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*Notas acerca del recurso de amparo electoral*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*Significado y funciones del derecho constitucional*”. Revista de Investigaciones Jurídicas. ELD. 2003. Nº 27.

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. “*Veintitrés años de recurso de amparo*”. Revista de Derecho Político. Nºs 58-59. 2003-2004.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR; FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. “*Las sentencias de los tribunales constitucionales*”. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México. 2009.

FONTANA, JOSEP. “*Naturaleza y consecuencias del franquismo*”. En: España bajo el Franquismo. Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad de Valencia. Editorial Crítica. Barcelona. 1986.

FÖPEL, GAMIL. SANTANA, RAFAEL. *“Habeas Corpus”*. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006.

FOSSAS ESPALADER, ENRIC. *El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*. En: *Hacia una Nueva Jurisdicción Constitucional*. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de Mayo, de reforma de la LOTC. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

FRANCO, AFONSO ARINOS DE MELO. *“Curso de direito constitucional brasileiro”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1968.

FRANFURTER & FISHER. *“The Business of the Supreme Court at the October Terms, 1935 and 1936”*. 51 Harv. L. Rev. 577. 1938.

FURET, FRANÇOIS. HALÉVI, RAN. *“La monarchie républicaine. La Constitución de 1791”*. Histoire des Constitutions de la France. Fayard. 1996.

GALDANA PÉREZ MORALES, MÓNICA. *“Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”*. DM Editor. Murcia. 2002.

GANDRA DA SILVA MARTINS, IVES. FERREIRA MENDES, GILMAR. *“Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999.”* Editora Saraiva. São Paulo. 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“El valor normativo de la Constitución española de 1978”*. En: *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1983.

GARCÍA COUSO, SUSANA. *“El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

GARCÍA COUSO, SUSANA. *“El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Revista Europea de Derechos Fundamentales. Instituto de Derecho Público. Fundación Profesor Manuel Broseta. Nº 15. Valencia. 2010.

GARCÍA MARTÍNEZ, MARÍA ASUNCIÓN. *“El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad”*. Estudios Trivium Constitucional. Madrid. 1992.

GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL. *“Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2009.

GARCIA MEDINA, JOSÉ MIGUEL; WAMBIER, LUIZ RODRIGUEZ; WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *“Repercussão geral e súmula vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC nº 45/2004”*. En: Reforma do Judiciário. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *“Derecho constitucional comparado”*. Alianza Editorial. Madrid. 1984.

GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA. *“El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil”*. Civitas. Madrid. 2002.

GARGARELLA, ROBERTO. *“La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial”*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1996.

GARGARELLA, ROBERTO. *“Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política”*. Paidós. Barcelona. 1999.

GIMENO SENDRA, VICENTE; MORENILLA ALLARD, PABLO *“Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo”*. Editorial Colex. Madrid. 2003.

GÓMEZ AMIGO, LUIS. *“La sentencia estimatoria del recurso de amparo”*. Aranzadi Editorial. Navarra. 1998.

GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *“Derecho constitucional europeo: derechos y libertades”*. Sanz y Torres. Madrid. 2005.

GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA. *“La sucesión a la corona: la reforma del artículo 57.1 de la constitución española”*. Sanz y Torres Editorial. Madrid. 2006.

GONZÁLEZ ALONSO, ALICIA. *“La protección de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución tras la <<objetivación>> del recurso de amparo”*. Revista CEFLEGAL. CEF. Nºs 139-140. 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *“Artículo 163”*. En: Revista de Derecho Público. Comentarios a las Leyes políticas. Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución Española de 1978. Tomo XII. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1988.

GONZALEZ RIVAS, JUAN JOSE. *“La justicia constitucional: derecho comparado y español”*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1985.

GONZÁLEZ-TREVIJANO. *“El Tribunal Constitucional”*. Aranzadi. Navarra. 2000.

GRECO FILHO, VICENTE. *“Direito processual civil brasileiro”*. V. 2. Editora Saraiva. São Paulo. 2006.

GUSMAO CARNEIRO, ATHOS. *“Intervenção de terceiro”*. Editora Saraiva. São Paulo. 2001.

HABERMAS, JURGEN. “*A inclusão do outro: estudos de teoria política*”. Edições Loyola. São Paulo. 2002.

HABERMAS, JURGEN. “*Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*”. Cambridge, Mass.: MIT Press. 1996.

HAMILTON, ALEXANDER.; MADISON, JAMES. “*El federalista*”. Fondo de Cultura Económica. México. 1957. El Federalista N° 10.

HAURIOU, MAURICE. “*Principios de derecho público y constitucional*”. Editorial Reus S.A. Madrid. 1927.

HESSE, KONRAD. “*Escritos de derecho constitucional*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.

HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL. “*La nueva regulación de la nulidad procesal*”. Editorial Forum, S.A. Oviedo. 1995.

HERNÁNDEZ RAMOS, MARIO. “*El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*”. Editorial Reus. Madrid. 2009.

HOWARD MACILWAIN, CHARLES. “*Constitucionalismo antiguo y moderno*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

JELLINEK, G. “*Teoría general del Estado*”. Tomo Primero. Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1914.

JOHNSON, NEVIL. “*Constitutionalism in Europe since 1945: reconstruction and reappraisal*”. En: *Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World*. Oxford University Press. New York. 1993.

KÄGI, WERNER. *“La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional”*. Dykinson. Madrid. 2005.

KELSEN, HANS. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tecnos. Madrid. 1990.

KELSEN, HANS. *“La giustizia costituzionale”*. Giuffrè Editore. Milano. 1981.

KELSEN, HANS. *“Teoría del derecho y del Estado”*. Textos universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1993.

KELSEN, HANS. *“Teoria pura do direito”*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 1998.

LARENZ, Karl. *“A metodologia da ciência do direito”*. Editora Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1989.

LASSALLE, FERDINAND. *“A essência da Constituição”*. Coleção Estudos Políticos Constitucionais. Líber Júris. Rio de Janeiro. 1985.

LEAL, ROGER STIEFELMANN. *“O efeito vinculante na jurisdição constitucional”*. Saraiva. São Paulo. 2006.

LENAERTS, KOENRAAD. *“Le juge et la Constitution aux États-Unis d’amérique et dans l’ordre juridique européen”*. Ed. Bruylant. Bruxelles. 1988.

LENZA, PEDRO. *“Teoria geral da ação civil pública”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.

LIMA, JARBAS. *“A reforma do poder judiciário na Câmara dos Deputados”*. En: A Reforma do Poder Judiciário. Juruá Editora. Curitiba. 2000.

LOCKE, JOHN. *“Ensayo sobre el gobierno civil”*. Ed. Orbis. Barcelona. 1985.

LOEWENSTEIN, KARL. *“Teoría de la Constitución”*. Editorial Ariel. Barcelona. Caracas. México. 1979.

LOPES, MEIRELLES. HELY. *“Mandado de segurança”*. Editora Malheiros. São Paulo. 2004.

LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO. *“Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de constitución y orden jurídico”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

LÓPEZ GUERRA, LUIS. *“El derecho constitucional español del siglo XX: del constitucionalismo doctrinario a la constitución normativa”*. En: El Derecho Español en el Siglo XX. Colección Garrigues & Andersen. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2000.

LÓPEZ GUERRA, LUIS. *“La fuerza vinculante de la jurisprudencia”*. Actualidad jurídica Aranzadi. Madrid. Año X, n.º 442. 2000.

LÓPEZ GUERRA, LUIS. *“Organización y posición institucional de la justicia constitucional en Europa”*. En: La Justicia Constitucional en la Actualidad. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002.

LÓPEZ ULLA, JUAN MANUEL. *“La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2000.

LOURIDO RICO, ANA MARIA. *“La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC”*. Comares. Granada. 2004.

LUTHER, JÖRG. ROMBOLI, ROBERTO. TARCHI, ROLANDO. *“Esperienze di giustizia costituzionale”*. Tomo I. G. Giappichelle Editore. Torino. 2000.

MACEDO NERY FERRARI, REGINA MARIA. *“Efeitos da declaração de inconstitucionalidade”*. Editora RT. São Paulo. 1990.

MACHADO, ANTONIO CARLOS MARCONDES. *“Arguição de relevância: a competência para seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário”*. En: REPRO 42, abril/junio. 1986.

MANCUSO, RODOLFO. *“Divergência jurisprudencial e súmula vinculante”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999.

MARANHAO PINTO, TÁCITO, L. *“O mandado de injunção: trajetória do instituto”*. Editora LTR. São Paulo. 1998.

MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *“Repercussão geral do recurso extraordinário”*. Revista dos Tribunais Editora. São Paulo. 2007.

MATIN DE LA LEONA ESPINOSA, JOSE MARIA. *“La nulidad de actuaciones en el proceso civil”*. Editorial Colex. 1991.

MAUÉS, ANTONIO. *“Estudos de direito constitucional”*. Editora Jus Podium. Salvador. 2003.

MEGINO FERNÁNDEZ, DIEGO. *“El incidente de nulidad de actuaciones”*. Editorial Juruá. Lisboa. 2010.

MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE. *“A teoria das Constituições rígidas”*. Editor José Bushatsky. São Paulo. 1980.

MENDES DA SILVA, MÁRCIO HENRIQUE. *“Mandado de segurança”*. En: Manual dos Procedimentos Especiais Cíveis de Legislação Extravagante. Editora Método. São Paulo. 2006.

MENEZES VIGILAR, JOSÉ MARCELO. *“Ação civil pública”*. Editora Atlas. São Paulo. 2001.

MIERES MIERES, LUIS JAVIER. *“El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)”*. Civitas. Madrid. 1998.

MIRANDA, JORGE. *“Manual de direito constitucional”*. Volume VI. Editora Coimbra. Coimbra. 2001.

MIRALLES, JORGE LOZANO. *“El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos: el aspecto funcional”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS DE SECONDAT. *“Del espíritu de las leyes”*. Alianza. Madrid. 2003.

MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales”*. En: *Jurisdicción Constitucional y Procesos de Control de la Constitucionalidad*. Tomo I. Editorial Colex. 1991.

MONTERO AROCA, JUAN; FLORS MATÍES, JOSÉ. *“Amparo constitucional y proceso civil”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo II. Procesos de protección de los derechos fundamentales”*. Editorial Colex. 1991.

MONTORO PUERTO, MIGUEL. *“Posición del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional”*. En: *Selección de Escritos y Dictámenes (1980-1986)*. Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. Cuestiones de Inconstitucionalidad. Tomo I. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1986.

MORA MORA, LUIS PAULINO. *“Jurisdicción constitucional en América Latina”*. En: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002.

MORAES, ALEXANDRE DE. *“Direito constitucional”*. São Paulo. 2009.

MORATO, LEONARDO L. *“Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007.

MOREIRA ALVES. *“Conferência no Instituto dos Advogados Brasileiros”*. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro. Ano XVI, nºs 58-59.

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *“Questões prejudiciais e coisa julgada”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1967. Tese de Concurso para a Docência Livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

MOUTA ARAÚJO, JOSÉ HENRIQUE. *“Verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária”*. Disponível en: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_henrique_mouta_araujo.pdf.

NERY JR., NELSON; NERY, ROSA MARIA. *“Código de processo civil comentado e legislação civil extravagante em vigor”*. Editora RT. São Paulo. 1999.

NIGRO MAZZILLI, HUGO. *“A defesa dos interesses difusos em juízo”*. Editora Saraiva. São Paulo. 2005.

OEHLING DE LOS REYES, ALBERTO. *“El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”*. Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 91. Año 31. Madrid. 2011.

OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA. *“La perversión jurídica del amparo constitucional en España”*. Actualidad Jurídica. Aranzadi. Año XVIII. Nº 751.

OLIVER ARAUJO, JOAN. *“El recurso de amparo”*. Colección Estado y Derecho – 2. Palma de Mallorca. 1986.

OLIVETTI, MARCO. GROPPI, TANIA. *“La giustizia costituzionale in Europa”*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 2003.

OLLERO, CARLOS. *“Constitución española. Trabajos parlamentarios”*. Cortes Generales. Madrid. 1980.

OSUNA PATIÑO, NESTOR IVÁN. *“Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de Derecho Público. Nº 37. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.

OTHON SIDOU, J. M. *“Do mandado de segurança”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1969.

PASQUINO, PASQUALE. *“Gardien de la Constitution u justice constitutionnelle? Carl Schmitt et Hans Kelsen”*. En: TROPER, Michel & JAUME, Lucien (dirs.). 1789 et l'invention de la Constitution. Paris, LGDJ, 1994.

PEGORARO, LUCIO. *“La justicia constitucional. Una perspectiva comparada”*. Dykinson. Madrid. 2004.

PEGORARO, LUCIO. *“Lineamenti di giustizia costituzionale comparata”*. G. Giappichelli Editore. Torino. 1998.

PEGORARO, LUCIO. *“Modelos de justicia constitucional: desarrollo y recepción en las nuevas democracias”*. En: Conferencia de Cursos de Postgrados de Derecho Constitucional. Salamanca. 1999.

PEGORARO, LUCIO. *“Nuevo derecho constitucional comparado”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

PÉREZ ROYO, JAVIER. *“Curso de derecho constitucional”*. Décima Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. Barcelona. 2005.

PÉREZ TREMP, PABLO. *“La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”*. En: Revista Brasileira de Direito Constitucional. Nº 01. Justiça Constitucional. Editora Método. Sao Paulo. Jan/jun. 2003.

PÉREZ TREMP, PABLO (Coordinador). ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH. ARAGÓN REYES, MANUEL. CARRILLO, MARC. VIVER I PI-SUNYER, CARLES. *“La reforma del recurso de amparo”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

PACHECO, JOSÉ DA SILVA. *“A reclamação no STF e no STJ de acordo com a Constituição”*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 78, n. 646, ago/1989.

PÉREZ TREMP, PABLO. *“El recurso de amparo”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

POTTES DE MELLO, AYMORÉ ROQUE. *“A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controle da constitucionalidade brasileiro: As PEC`s 500/97, PEC 54/96-SF e 517/97”*. En: A Reforma do Poder Judiciário. Juruá Editora. Curitiba. 2000.

PROVINE, D. M. *“Case selection in the United States Supreme Court”*. University Chicago Press. Chicago and London. 1980.

QUARESMA, REGINA. *“O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e Prática”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1999.

RAMOS FIALHO MOREIRA, HELENA DELGADO. *“Poder judiciário no Brasil. Crise de Eficiencia”*. Juruá Editora. Curitiba. 2004.

RAMOS TAVARES, ANDRÉ. *“Tratado de arguição de preceito fundamental”*. Editora Saraiva. São Paulo. 2001.

REBELLO DE BRITTO POLETTI, RONALDO. *“Controle da constitucionalidade das leis”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2001.

REIS MAZZEI, RODRIGO. *“Mandado de injunção”*. En: *Ações Constitucionais*. Edições Podivm. Salvador. 2006.

REHNQUIST, W. H. *“Seen in a glass darkly: the future of the Federal Courts”*. Wis. L. rev. 1. 1993.

RIBEIRO CRISPIN, MIRIAN CRISTINA GENEROSO. *“Recurso especial e recurso extraordinário. Questões pontuais sobre a admissibilidade e a procedibilidade no direito processual civil”*. Editora Pillares. São Paulo. 2006.

RIBEIRO LOPES, MAURICIO ANTONIO. *“Comentários à reforma administrativa”*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1998.

RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL. *“Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones”*. Thomson Aranzadi. 2008.

ROSAS, ROBERTO. *“Direito sumular”*. Editora Malheiros. São Paulo. 2002.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. *“O contrato social e outros escritos”*. Editora Cultrix. São Paulo. 1965.

RUBENS COSTA, JOSÉ. *“O mandado de injunção como norma garantidora dos direitos sociais”*. En: *Mandado de Segurança e de Injunção*. Editora Saraiva. São Paulo. 1990.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“El trámite de admisión en el recurso de amparo. Comentario a la Ley Orgánica 6/1988”*. Revista Española de Derecho Administrativo nº 60. 1988.

RUBIO, LLORENTE, FRANCISCO. *“La Constitución como fuente del derecho”*. En: *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. Volumen I*. Madrid. 1979.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“La forma del poder. Estudios sobre la Constitución”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *“La jurisdicción constitucional en España”*. En: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. McGraw-Hill. Madrid. 1998.

SÁ, JOSÉ ADÔNIS CALLOU DE ARAÚJO. *“Ação civil pública e controle de constitucionalidade”*. Del Rey. Belo Horizonte. 2002.

SABINE, GEORGE. *“Historia de la teoría política”*. Fondo de Cultura Económica. Madrid. 1965.

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *“Justicia constitucional y control de la ley en América Latina”*. En: *La Justicia Constitucional en la Actualidad*. Corporación Editora Nacional. Quito. 2002.

SANCHES, SIDNEY. *“Arguição de relevância da questão federal”*. RT 627/257.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS. *“Historia del constitucionalismo español (1808-1936)”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.

SÁNCHEZ DE VEGA, AUGUSTÍN. *“Sobre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales”*. *Revista de las Cortes Generales*. Nº 29. 1993.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *“El recurso de amparo constitucional. Naturaleza jurídica, características actuales y crisis”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987.

SANTIAGO NINO, CARLOS. *“Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”*. Astrea. Buenos Aires. 1992.

SANTIAGO NINO, CARLOS. *“Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”*. En: Cuadernos y Debates. Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Investigación Colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

SARMENTO, DANIEL. *“Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”*. En: Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *“Habeas Data”*. En: Ações Constitucionais. Edições Podivm. Salvador. 2006.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *“Mandado de segurança”*. Editora Saraiva. São Paulo. 2004.

SCARPINELLA BUENO, CASSIO. *“Repercussão geral no projeto de novo Código de Processo Civil”*. En: Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em Homenagem à Ministra Ellen Gracie. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2011.

SCHILLING FERRAZ, TAÍS. *“Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade”*. En: Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em Homenagem à Ministra Ellen Gracie. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2011.

SCHWARZ VIANA, ULISSES. *“Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann”*. Editora Saraiva. Instituto Brasileiro de Direito Público. São Paulo. 2011.

SILVA, CELSO DE ALBUQUERQUE. *“Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação”*. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2005.

SLAIBI FILHO, NAGIB. *“Breve história do controle de constitucionalidade”*. En: A Constitucionalização do Direito. A Constituição como *Lócus* da Hermenêutica Jurídica. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2003.

SEIXAS RIBEIRO BASTOS, CELSO. *“Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora”*. En: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. Editora Atlas S. A. São Paulo. 2001.

SMEND, RUDOLF. *“Constitución y derecho constitucional”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1985.

SOLÉ TURA, JORDI y AJA, ELISEO. *“Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)”*. En: Estudios de Historia Contemporánea Siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores. Madrid. 1983.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE. *“Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade”*. Ed. Cortez. São Paulo. 2000.

SOUZA, CARLOS AURELIANO MOTTA DE. *“O papel constitucional do STF: uma aproximação sobre o efeito vinculante”*. Brasília Jurídica. Brasília. 2000.

STRECK, LENIO LUIZ. *“Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito”*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004.

STRECK, LÊNIO LUIZ; CATTONI DE OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE; MONT`ALVERNE BARRETO LIMA, MARTONIO. *“A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional”*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso.

SUNSTEIN, CASS R. *“The partial Constitution”*. Harvard University Press. Cambridge. Massachusettes. London. 1997.

SIEYÉS, EMMANUEL JOSEPH. *“A constituinte burguesa. Que é o terceiro Estado?”*. Coleção estudos Políticos Constitucionais. Líber Júris. Rio de Janeiro. 1998.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *“Mandado de injunção”*. En: Mandado de Segurança e de Injunção. Editora Saraiva. São Paulo. 1990.

TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. *“La democracia en América”*. Editorial Orbis. S.A. Barcelona. 1985.

TOCQUEVILLE, ALEXIS DE. *“L’ancien régime et la révolution”*. Calmann Lévy Éditeur. Paris. 1887.

TOMÁS VILLARROYA, JOAQUÍN. *“Breve historia del constitucionalismo español”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1982.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. *“Códigos y Constituciones (1808-1978)”*. Alianza Editorial. Madrid. 1989.

TORRES DE AMORIM, ADERBAL. *“O novo recurso extraordinário. Hipótese de interposição, repercussão geral, amicus curiae, processamento, jurisprudência, súmulas aplicáveis”*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2010.

TORRES DEL MORAL, ANTONIO. *“Constitucionalismo histórico español”*. Atomo Ediciones. Madrid. 1986.

TORRES DEL MORAL, ANTONIO. *“Principios de derecho constitucional español”*. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1998.

TRIBE, LAURENCE H. *“American constitutional law”*. Volume One. New York. Foundation Press. 2000.

TUR AUSINA, ROSARIO. *“Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

TUSHNET, M. *“Making civil rights law: thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961”*. Oxford University Press. New York. 1994.

TUSHNET, M. *“Making constitutional law. Thugood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991”*. Oxford University Press. New York. 1998.

VELOSO, ZENO. *“Controle jurisdicional de constitucionalidade”*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2000.

VERGÉ GRAU, JUAN. *“La nulidad de actuaciones”*. Librería Bosch. Barcelona. 1987.

VILHENA VIEIRA, OSCAR. *“Que reforma? En: Estudos Avançados. Vol. 18, nº 51, 2004.*

WALD, ARNOLDO. *“Mandado de segurança e ações constitucionais”*. Ed. Malheiros. São Paulo. 2009.

YÉLAMO BAYARRI, ESTELA. *“Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas. La urgencia de un replanteamiento”*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2006.

WEFFORT, FRANCISCO C. (Org.). *“Os clássicos da política”*. Editora Ática. São Paulo. 1991.

WERNECK VIANNA, LUIZ. REZENDE DE CARVALHO, MARIA ALICE. PALACIOS CUNHA MELO, MANUEL. BAUMANN BURGOS, MARCELO. “*A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*”. Editora Revan. Rio de Janeiro. 1999.