

Acerca del sistema concentrado de control de constitucionalidad en la República Federativa del Brasil*

Por Juan C. Copani

“And everyone has recourse to the law”.
Roger Waters, *The final cut* (1983).

“O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”.
Celso de Mello, ministro del STF (2002).

“Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable”.
Chief Justice John Marshall, U.S. Supreme Court (1803).

1. Introito

§ 1. *Generalidades.* Previo a entrar en el análisis particular de los institutos que aquí nos convocan, por medio de los cuales se desenvuelve un curioso sistema de defensa de la Constitución, creemos conveniente hacer una compendiada relación global del marco científico donde se entronca la cuestión del control de constitucionalidad; estamos hablando, claro es, del derecho procesal constitucional.

Ocurre que la doctrina no es pacífica a la hora de identificarla como disciplina autónoma o perteneciente al derecho procesal o al constitucional¹; sin embargo, lo verdaderamente importante no es esto sino el estudio interdisciplinario tanto de procesalistas como de constitucionalistas, pues es en esta colaboración mutua donde los contenidos se van a enriquecer evitando que los primeros se pierdan en los detalles técnicos, y los segundos no se queden en la especulación de grandes principios generales sin posibilidad de darles adecuado cauce instrumental.

Así es que nosotros consideramos, adoptando la teoría de ciertos autores brasileños, que el derecho procesal constitucional es una colocación metodológica²; no

* Extraído de la ponencia presentada al V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, 10 y 11 de octubre de 2008. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Para un resumen de las diferentes posturas, ver: Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional*, t. I, Bs. As., Editorial de Belgrano, 1999, p. 29 a 33 (este autor se inclina por la autonomía); Serra Rad, María M., *Procesos y recursos constitucionales*, Bs. As., Depalma, 1992, p. 43 a 48, quien adopta una postura ecléctica o mixta; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 50 a 53, este último dice perentoriamente que “siendo el derecho procesal constitucional una rama del derecho procesal, no ofrecerá distintos problemas la determinación de su naturaleza jurídica que la del derecho procesal en general”.

² Dinamarco, Cândido R., *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 26; vale traer unas palabras del autor, escritas al resaltar la importancia del tópico: “a idéia síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados

importa ni una rama del derecho procesal ni un desprendimiento del derecho constitucional, sino una postura científica³. Con otro giro, es un prisma, un punto de vista, a través del cual se analizan las relaciones del binomio proceso-constitución en sus dos sentidos vectoriales: de la constitución al proceso (donde tendremos los principios fundamentales del proceso en un Estado de derecho, v.gr., debido proceso, acceso a la justicia, doble instancia en materia penal, etc.; asimismo, las bases de la organización judicial); en el otro vector, del proceso a la constitución, llegamos al estudio de la jurisdicción constitucional dentro de la cual se engarzan dos cuestiones: el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) y la llamada por Cappeletti “jurisdicción constitucional de la libertad”⁴, que son los instrumentos procesales –incorporados o no a la constitución– que tienden a preservar los derechos fundamentales (en Argentina: amparo, hábeas corpus, hábeas data; en Brasil el *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, *ação popular*, *ação civil pública*, etcétera).

Desde el ámbito procesal, el acierto de esta postura se evidencia por la consideración de que no es posible concebir un proceso acorde con la democracia constitucional sin que el mismo atienda a los principios básicos, establecidos en la Constitución, referentes tanto a su desenvolvimiento y dinámica –acceso, debido proceso, instrumentalismo– como a la organización del poder del Estado (en rigor, división del poder, pues el Estado no tiene tres poderes sino que es uno solo dividido funcionalmente) en el marco del cual éste se desarrolla e implica tanto una garantía del derecho objetivo⁵ (como forma de mantener el Estado de derecho frente a la vulneración de sus postulados), como de su subjetivación en los ciudadanos, ya como individuos (derechos subjetivos, intereses) o grupos o clases de éstos (derechos colectivos *lato sensu*). Asimismo también adquiere validez esta posición, desde la óptica constitucional, en tanto el pacto social sería una mera expresión literaria, una simple petición de principios, sin que se organicen los medios –instrumentos procesales– para mantener (defender) su supremacía.

Por último, aceptamos esta teoría toda vez que hace posible integrar lo que se denomina como “derecho procesal constitucional” con un conjunto homogéneo de contenidos (todo lo que indique el análisis de los dos vectores indicados), manteniéndolo dentro de un coto sistemático, con cierta vocación abstracta que no obligue desde un principio –o sea, a priori– a realizar referencias a un ordenamiento jurídico en particular⁶. Decimos esto pues es usual que se señalen, como materias propias de la disciplina, institutos tan dispares que van desde el proceso justo (debido proceso legal en la locución más comprensiva de Morello⁷) o el amparo, hasta procesos

constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*”.

³ Araújo Cintra, Antônio C. - Pellegrini Grinover, Ada - Dinamarco, Cândido R., *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 81.

⁴ Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 27 y Araújo Cintra - Pellegrini Grinover - Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 81 y 82.

⁵ Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, tr. S. Sentís Melendo, Bs. As., El Foro, 1996, sección segunda, título primero.

⁶ Por lo que se dice en el texto es que disintimos con autores como Serra Rad, quien expresa que “para delimitar los contenidos del derecho procesal constitucional es conveniente hacerlo en concreto, es decir, con referencia a un país determinado” (Serra Rad, *Procesos y recursos constitucionales*, p. 39).

⁷ Morello, Augusto M., *El proceso justo*, La Plata, Platense, 2005.

electorales o vinculados a la validez de los diplomas parlamentarios o incluso el procedimiento de sanción de las leyes. Lo último resulta un craso error metodológico, pues implica agrupar dentro del mismo sistema científico tópicos que carecen de un núcleo lógico conceptual común a ellos y, a todo evento, el hecho de que sean procedimientos regulados en la Constitución, no resulta un núcleo aceptable; por ejemplo, el amparo recién se incorporó a la carta magna en la reforma de 1994, mas creemos innegable su naturaleza de proceso constitucional aun antes de ese hito. Del otro lado, la facultad de cada una de las cámaras del Congreso para verificar la validez de los derechos y títulos de sus miembros electos (art. 64, Const. nacional) siempre estuvo contemplada en ella, pero se puede dudar razonablemente de su carácter jurídico y, en todo caso, de su tipificación como proceso en el sentido técnico del concepto.

§ 2. *Jurisdicción constitucional.* No menos conflictiva resulta la determinación de este concepto toda vez que se adopta una postura orgánica y se dice que sólo existe jurisdicción constitucional cuando se encarga a un juez (jueces: tribunal o corte constitucional) especial, sea dentro del Poder Judicial⁸, o independiente de éste y sólo sometido a la carta y su ley orgánica⁹. Consecuentemente con este emplazamiento, se puede hablar de jurisdicción constitucional en tanto y “en cuanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional se atribuye a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial”¹⁰.

⁸ Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana (1991), aun cuando aquí también rige el sistema difuso, como veremos ocurre en Brasil con el Supremo Tribunal Federal (aunque éste no se puede considerar un tribunal especializado, pues sus competencias son mucho más amplias, acápite 2 de este trabajo); el Tribunal Constitucional boliviano; la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la de Paraguay, la de El Salvador, la de Honduras, la de Nicaragua y la de Venezuela (en los cuatro últimos, también con sistema difuso). Alemania, cuya magistratura constitucional se engarza en el Poder Judicial, aun cuando hay un tribunal específico (Corte Constitucional Federal) cúpula de ese “poder”, también sigue esta línea, entre otros, Turquía. Un caso particular es México, pues no tiene un órgano único que concentre la materia constitucional, mas la magistratura constitucional se debe considerar como especializada dado que se otorga sólo a los jueces del Poder Judicial de la Federación; en Panamá sólo es especializado el control objetivo, el subjetivo corresponde a cualquier juez.

⁹ Como el caso del Tribunal Constitucional español cuya ley orgánica (LOTJ), en su art. 1º dice enérgicamente: “*El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente ley orgánica*”. También la Corte Constitucional italiana es un órgano extrapoder, pues está contemplada en un título especial de la *Costituzione della Repubblica* establecida como garantía constitucional junto con la reforma a esa carta (parte II “Ordinamento della Repubblica”, Título VI “Garanzie Costituzionali”, sezione I “La Corte Costituzionale”), mientras que el Poder Judicial está establecido en el Título IV “della Magistratura”, de la misma parte. Aquí hay que sumar al Tribunal Constitucional chileno (creado por la Constitución de 1980), al ecuatoriano y al peruano (1996), aunque en los dos últimos coexiste, al igual que en Brasil, el sistema difuso y el concentrado a cargo de esos tribunales, algo similar ocurre con el Tribunal Constitucional portugués (1983); la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1985).

¹⁰ González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, p. 75. También Hitters, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, La Plata, Platense, 1998; se expresa así: “Sin embargo en puridad de verdad –y desde el cuadrante técnico– la fraseología “jurisdicción constitucional” se adapta mejor a aquellos ordenamientos que poseen un tribunal constitucional especializado (control concentrado)” (p. 683); no obstante, en rigor, este autor se está refiriendo a cuestiones terminológicas y no ontológicas.

Son varias las consideraciones que nos llevan a disentir con esta postura. Como primera medida la jurisdicción, en tanto función del Estado (primordial agregamos), es una sola y no susceptible de división alguna; en consecuencia, la existencia o no de un órgano específico (o jueces especiales como en México) que entienda en cuestiones constitucionales, sólo nos dará la pauta de una división de competencia material, del mismo modo que existen otras (laboral, familia, contencioso administrativa, etc.); con otro giro, tal circunstancia sólo dice de la especialidad de los jueces a los que se atribuye el conocimiento de esos casos, mas nada de la función de decir el derecho (*iuris dictio*) constitucional.

Por otra parte, surge un interrogante: en países como el nuestro, donde no hay una magistratura específica, ¿cabe concluir que el Estado carece de una función que tienda a preservar la Constitución? La respuesta es negativa, so riesgo de que la carta magna sea sólo un catálogo de buenas intenciones. Aquí en la Argentina, como en Estados Unidos de América (fuente del modelo nacional) y en cualquier país donde se carece de una judicatura especializada, los jueces son, ante todo, jueces de la Constitución¹¹ y así lo tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al establecer cuál es el “tribunal superior de la causa” como requisito del recurso extraordinario (delineado por el tríptico Strada-Di Mascio-Christou¹²) ante ella. Cabe traer como ejemplo, en este sentido, lo establecido por el art. 57 de la carta magna bonaerense: “toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, *serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces*”; este caro principio fundamental implica que cualquier juez de cualquier grado o fuero, pueda y deba, declarar la inconstitucionalidad de una norma absteniéndose de aplicarla (agregamos que incluso de oficio).

La razón de lo que decimos es clara, los jueces son independientes y sólo están sometidos al ordenamiento jurídico (así lo declara expresamente la *Costituzione* italiana en su art. 101¹³); por lo tanto, toda vez que la cúspide de dicho ordenamiento está representado por la Constitución, es a ella a quien en primera medida, y sobre el ordenamiento inferior, le rinden tributación; como enseña un eminente procesalista brasileño “o juiz é obrigado a aplicar o direito, e a regra jurídica ordinária que contravir a Constituição não é direito, pois, pela hierarquia das normas, é a norma constitucional que terá irrefragavelmente de prevalecer sobre as infraconstitucionais, mesmo porque, em tal hipótese, carece a infraconstitucional de legitimidade”¹⁴.

Saliendo un poco del marco del control de constitucionalidad, conviene recordar que la jurisdicción constitucional no se agota aquí, sino que comprende a la *jurisdicción constitucional de las libertades fundamentales* (amparo, mandado de se-

¹¹ Incluso esto vale para sistemas concentrados y especializados, como en España, donde por medio del control incidental, le cabe al juez ordinario un primer análisis sobre la “cuestión constitucional” a los fines de remitirla al Tribunal Constitucional para que resuelva dicha “cuestión”. Así establece el art. 35, inc. 1º, LOTC: *Cuando un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al tribunal constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta ley.*

¹² CSJN, Fallos, 308:490; 311:2478 y 308:155, respectivamente.

¹³ *La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*

¹⁴ Alvim, Arruda, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, São Paulo, RT, 2005, p. 172. Palabras más, palabras menos, en igual sentido, Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, p. 51.

gurança, etc.), procesos constitucionales por excelencia y que tampoco se atribuyen a magistrados especiales; no obstante, su carácter de proceso constitucional es innegable pues tienden a hacer efectivos, en forma inmediata y directa, derechos fundamentales contenidos en las cartas. He aquí una dicotomía: o no son verdaderos procesos constitucionales dado que, en los mismos, entiende la magistratura ordinaria; o sí lo son, y el juez que entiende en éstos, aun sin que sea uno especial, está ejerciendo una verdadera jurisdicción constitucional pues está ejerciendo su función propia (la jurisdiccional) en una materia constitucional.

Por lo que aquí se señaló, es que adscribimos a las tesis materiales¹⁵ para definir el tópico de marras: en tanto todos los jueces tienen jurisdicción, pues de no ser así no serían jueces, y en cuanto ejerzan dicha función (poder) sobre una materia de naturaleza constitucional, estaremos frente a una verdadera *jurisdicción constitucional sin importar el magistrado (juez) que lleva a cabo dicha actividad*.

§ 3. *Proceso constitucional*. Paralelamente con el disenso reseñado en el párrafo anterior se configura, desde el plafón de lo objetivo, la discusión sobre la definición del entendimiento de proceso constitucional¹⁶. Lógicamente, las líneas de pensamiento sobre este tópico son consecuentes con las apuntadas: desde el emplazamiento orgánico se dice que será proceso constitucional todo aquél que se atribuya al órgano especial; del otro lado, la postura material indica que será el proceso que tienda a resolver cuestiones constitucionales.

Dado que aquí se trata sólo del perfil objetivo de aquello que se dijo, remitimos al § 2 para dedicarnos al tema específico que motivó el presente trabajo.

2. El Supremo Tribunal Federal

§ 4. *Naturaleza. Competencia*. El Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño, cúspide del Poder Judicial de ese país (art. 92, CF), no es una judicatura especializada pues, si bien su función primordial es ser el guarda de la Constitución Federal (art. 102)¹⁷ y de su unidad sustancial en todo el país, lo cierto es que su competencia excede los límites de lo que se podría entender como derivado de esa cláusula. Ocurre que el sistema brasileño no consagra la existencia de una Corte o Tribunal Constitucional¹⁸ (como Alemania, Austria, Italia, etc.) ocupada en concentrar la reso-

¹⁵ Aquí se inscribe la doctrina mayoritaria. Véanse las obras ya citadas de Serra Rad, *Procesos y recursos constitucionales*, p. 5 y Gozáini, *Derecho procesal constitucional*, p. 50; Bidart Campos Germán J., *Manual de la constitución reformada*, t. III, Bs. As., Ediar, 1999, p. 427; Ferreyra, Raúl G., *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Bs. As., Ediar, 2001, p. 213; entre muchos otros.

¹⁶ Bidart Campos, *Manual de la constitución reformada*, p. 427.

¹⁷ Barbosa Moreira, José C., *A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal*, en Berizonce, Roberto O. - Hitters, Juan C. - Oteiza, Eduardo (coords.), "El papel de los tribunales superiores", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006. Por lo demás, así lo tiene dicho la propia jurisprudencia del STF: "A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal —que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte— não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas" (ADI 2010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 12/4/02).

¹⁸ Araújo Cintra - Pellegrini Grinover - Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 188.

lución de todos los conflictos constitucionales pues cualquier juez, de cualquier fuero o grado, puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes¹⁹ en tanto, en principio, rige un sistema difuso de control de constitucionalidad que convive con uno concentrado²⁰ a cargo del STF quien lo realiza por dos vías: la acción directa de inconstitucionalidad (ADIn) y la acción declaratoria de constitucionalidad (ADC), reguladas en la CF (arts. 102, inc. I, a y 103) y por la ley 9868/99 [podríamos agregar una tercera, la redargución de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF), art. 102, § 1, CF y ley 9882/99].

Gracias a esa amplitud de competencia²¹ y ese sistema mixto de *judicial review*, es que el órgano de marras puede llegar a declarar la inconstitucionalidad de una norma: por vía incidental, cuando conozca de cualquier conflicto a él atribuido ya en forma originaria, ya en forma apelada (ordinaria o extraordinariamente); o también podrá hacerlo *principaliter*, esto es, cuando el objeto de la pretensión es esa declaración de inconstitucionalidad, al entender en forma originaria y exclusiva de la ADIn y la ADC²². De estas últimas nos ocuparemos en el ap. 3.

Obviamente, estas dos maneras de cuestionar la adecuación constitucional de los preceptos repercute en los efectos que la eventual declaración tendrá; cuando se produce *incidenter tantum*, la norma sólo se deja de aplicar en el caso concreto pero seguirá vigente en el ordenamiento²³; muy por el contrario, cuando la declaración es consecuencia del control directo, abstracto y exclusivo a cargo del STF, la norma resulta inválida, pues se la considera nula, con eficacia vinculante, *erga omnes* (art. 102, § 2 CF, art. 28, ley 9868/99) y –temporalmente– con efectos retroactivos, salvo excepciones²⁴ (arg. art. 27, ley citada).

§ 5. *Composición*. Según el art. 101 de la CF, y 2° del Reglamento Interno del STF (RISTF), el órgano *sub examine* se compone de once miembros de entre treinta y cinco años de edad y sesenta y cinco, de notable saber jurídico y reputación elevada y son nombrados por el presidente con acuerdo del Senado; tiene su sede en la Capital Federal (Brasília) y competencia en todo el territorio de la República (arts. 92, § 1 y 2, y 2, RISTF).

¹⁹ Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 171.

²⁰ Araújo Cintra - Pellegrini Grinover - Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 188. Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 180. Salgado, Alí J. - Verdaguer, Alejandro C., *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Bs. As., Astrea, 2005, p. 347. Facury Scaff, Fernando - Moreira Maués, Antonio G., *A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade*, en Alvim Wambier, Teresa A. y otros (coords.), "Reforma do Judiciário", São Paulo, RT, 2005, p. 225; Barbosa Moreira, José C., *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, en "Temas de direito processual", São Paulo, Saraiva, 2004, p. 172.

²¹ La competencia está regulada en el art. 102 de la CF, y puede ser originaria y exclusiva (ação de direita de inconstitucionalidade, declaratoria de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, infracciones penales comunes del presidente o vice-presidente de la República, etc.); apelada ordinariamente (hábeas corpus, mandado de segurança, de injunção, etc. decididos por los tribunales superiores en única instancia cuando sean denegatorios, etc.) y apelada extraordinaria por medio del recurso extraordinario.

²² Barbosa Moreira, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, p. 171 y 172.

²³ No obstante, en estos casos, el Senado Federal podrá suspender la ejecución en todo o en parte (art. 52, inc. x, CF).

²⁴ Barbosa Moreira, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, p. 175 y 176, por todos.

El Supremo funciona en sesiones plenarios y en salas de cinco ministros cada una (art. 3°, RISTF); en lo que aquí nos interesa, cabe apuntar que tanto la ADIn como la ADC son de competencia del plenario (art. 5°, RISTF) según lo establecido en el art. 97 de la CF, que impone el voto de la mayoría absoluta de los miembros de los tribunales colegiados para que sea declarada la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo del poder público; asimismo, el art. 22 de la ley 9868/99, establece un quórum especial de dos tercios (ocho ministros) de los miembros del tribunal para los acuerdos en los que se decidan estas acciones, esta misma ley, repitiendo –y extendiendo hacia la declaración de constitucionalidad– la norma del citado art. 97 de la CF, prescribe que se proclamará la constitucionalidad o la inconstitucionalidad si se hubieran expresado en uno u otro sentido al menos seis ministros ya se trate de ADC o de ADIn.

3. El sistema de control concentrado ante el STF

§ 6. *Introducción.* Ya se ha adelantado que en Brasil conviven dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes: el difuso, por el que cualquier juez podrá declarar inconstitucional una norma, dejándola de aplicar al caso que le toca resolver, y uno concentrado, en cabeza del STF y de los tribunales de justicia de los estados de la federación respecto de sus propias constituciones²⁵.

En el primero (de raigambre norteamericana en oposición al segundo, con matriz europea, pues fue concebido por Kelsen y plasmado por primera vez en Austria), además, el juez trata la cuestión constitucional de manera incidental toda vez que la declaración de inconstitucionalidad no es el objeto de la pretensión sino un argumento en apoyo o de la oposición a ella; así, el actor en la demanda o el demandado en la contestación, podrán pedir que no se aplique determinada norma por resultar violatoria de la carta y, aun cuando no se haya pedido, el juez podrá hacerlo de oficio en la sentencia cuando lo estime corresponder. Muy por el contrario, en el segundo el objeto de la pretensión es, pura y exclusivamente, la invalidación de la norma; en otras palabras, no se tiene que resolver la constitucionalidad del precepto aplicable, como cuestión prejudicial, para poder decidir un caso, sino que la controversia radica en la declaración en sí, pues es la materia principal.

Si bien esta sería una descripción de lo que sucede en Brasil con estos dos sistemas, no debe creerse que siempre es así (aun cuando normalmente lo es): o sea, que no debe entenderse sistema difuso como sinónimo de incidental y concreto, y concentrado como sinónimo de principal y abstracto. Ciertos ejemplos confirman lo que se dice.

En la provincia de Buenos Aires existe una acción originaria de inconstitucionalidad, por ante la Suprema Corte, regulada en el art. 161, inc. 1°, de la Constitución local y el art. 683 y siguientes del CPCCBA. Aquí la Corte ejerce un control concentrado y principal, pero es concreto; el actor deberá demostrar la existencia de un caso y del interés jurídico que posee en esa declaración, pues la ley, decreto, regla-

²⁵ Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 180. Para una comparación de ambos modelos ver, Serra Rad, *Procesos y recursos constitucionales*, p. 22 y 33; sumándole al cotejo el sistema político (Gozaíni, *Derecho procesal constitucional*, p. 47 a 55; Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, p. 214 a 217).

mento, etc. vulnera sus derechos²⁶. Inversamente, en el ámbito nacional se acepta la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, *principaliter*, por la vía de la pretensión de sentencia meramente declarativa (art. 322, CPCCN), mas la misma no está atribuida a ningún órgano en particular y en consecuencia entiende cualquier juez; al igual que en Buenos Aires, también se requiere un caso en tanto no es utilizable como medio consultivo²⁷; o sea, es difusa y concreta, pero es una vía principal.

Del otro lado del Atlántico, en España, donde rige un control concentrado por excelencia pues sólo puede declarar la inconstitucionalidad de la ley el Tribunal Constitucional, existe la posibilidad de que ella sea en forma incidental –pues no es la materia principal del litigio sino sólo un tópico prejudicial necesario para la resolución de un caso²⁸– cuando entiende de aquélla por la vía de la “cuestión de constitucionalidad” (art. 35 y ss., LOTC) donde el juez ordinario, al estar la causa en estado de resolver y durante el plazo para dictar sentencia, debe plantear ante aquél la referida “cuestión”. Vemos aquí, un sistema concentrado pero incidental y concreto²⁹.

Volviendo a lo que aquí nos ocupa, tradicionalmente en Brasil existió la acción directa de inconstitucionalidad, por ante el STF, como medio concentrado de control de constitucionalidad; ella fue contemplada en diversas constituciones y no quedó fuera de la CF de 1988 (actualmente en vigencia con sucesivas enmiendas), que la contempló y lo sigue haciendo, en su art. 102 (inc. I, a)³⁰. Fue la Enmienda Constitucional n° 3, de 1993 la que incorporó la novedad de la acción declarativa de constitucionalidad, a cuyas decisiones otorgó efectos *erga omnes* y vinculantes a todos los órganos del Poder Judicial y a la Administración pública (art. 102, § 2 CF/88, según EC 3/93).

Se dice que la creación de este instituto se debe entender como un medio para sincronizar el control difuso con el concentrado en vista a la creciente divergencia de las decisiones tomadas en ambas sedes³¹; asimismo, en vista a quiénes eran los legitimados activos para interponerla (presidente, mesas del Senado Federal y de la Cámara de Diputados y el procurador general de la República), se dijo que lo que se establecía era un mecanismo de contención otorgado a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, frente al ejercicio del control difuso por el Poder Judicial³², postura esta que compartimos a la vista de las dos circunstancias apuntadas: el efecto extensivo de la sentencia dictada en esta acción y la limitación política de los legitimados.

Pero conviene resaltar que, con la sanción de la ley 9868/99, se amplió a la sentencia de la acción directa de inconstitucionalidad, la eficacia contra todos y el

²⁶ Hankovits, Francisco A., *La demanda originaria de inconstitucionalidad en la provincia de Buenos Aires*, “Revista de Derecho Procesal”, 2004-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 218.

²⁷ Sobre la misma, véase Salgado - Verdaguer, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, p. 363 a 377 para una evolución jurisprudencial del tópico. También Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, p. 243 a 264.

²⁸ González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, p. 262.

²⁹ Para consultar sobre el tema, ver González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, p. 261 a 267.

³⁰ Barbosa Moreira, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, p. 173.

³¹ Facury Scaff - Moreira Maués, *A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade*, p. 232.

³² Facury Scaff - Moreira Maués, *A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade*, p. 232.

efecto vinculante (lo que luego se constitucionalizó, en diciembre de 2004, con la EC 45/04³³); también, con la citada enmienda constitucional, se uniformó la legitimación de ambos institutos, con lo cual, tal vez, ya no sea tan justificado aseverar que la razón de ser de la ADC es la contención o freno político del control difuso de constitucionalidad; actualmente, consideramos que ella es un medio para uniformar, con la virtualidad de descongestionar la judicatura, las decisiones judiciales cuando existan demasiados cuestionamientos sobre la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo federal (aunque más adelante opondremos nuestros reparos a este instituto).

§ 7. *Naturaleza. Ámbito.* Cabe resaltar que, en principio, ambas acciones poseen igual naturaleza pues su única variante es que, mientras en una se pretende una declaración negativa, en la otra, una declaración positiva³⁴, lo que permite decir sin hesitar que ambas son pretensiones meramente declarativas de certeza abstracta sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ciertas normas, según veremos inmediatamente.

El ámbito impugnativo de ambas acciones no es el mismo dado que, mientras por medio de la ADIn se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo sea federal o estadual; la declaración de constitucionalidad en la ADC, no procede respecto de las leyes o actos normativos estaduais (art. 102, inc. I, a, CF). Además, según el § 2 del precepto citado, la ADIn procede también por omisión de medida para tornar efectiva una norma constitucional, caso en que se notificará al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órganos de la administración, deberá hacerlo en treinta días (art. 102, § 2, CF).

Por último, frente al ámbito de actuación de los institutos tratados, conviene recordar que existe un tercer medio objetivo de control de constitucionalidad: la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF) que está contemplado en el § 1, del art. 102, de la CF y por la ley 9882/99, cuya regulación tiene el objetivo de posibilitar una ampliación del control concentrado, pues se prevé estableciendo que “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato de poder público” (art. 1°); lo abierto de esos términos, hace que sea posible extender ese control a las hipótesis; no pueden ser objeto de ADIn como los actos no normativos y el derecho anterior a la Constitución³⁵.

§ 8. *Legitimación activa.* Cualquier persona, con interés jurídico suficiente, podrá poner en movimiento al sistema difuso de control de constitucionalidad, mas no

³³ A esta enmienda se la llamó “Reforma do Judiciário” en tanto significó profundas modificaciones en su estructura, v.gr., crea el controvertido *Conselho Nacional de Justiça* con autoridad en todo el país; pueden verse sus principales puntos en nuestro trabajo *Breve noticia sobre la enmienda constitucional brasileña 45/2004: la llamada “Reforma judicial”*, JA, 2006-I-906 y siguientes.

³⁴ Conforme jurisprudencia del STF : “Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2 do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade” (Rcl 1880-AgR, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ, 19/3/04).

³⁵ Facury Scaff - Moreira Maués, *A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade*, p. 237.

ocurre lo mismo con los institutos previstos para hacerlo en sede concentrada, aquí, la legitimación es institucional pues solamente son determinadas autoridades e instituciones públicas quienes tienen permitido acceder al STF por estas vías; esto, que resulta bastante común dentro de los sistemas concentrados³⁶, la diferencia de la acción originaria de inconstitucionalidad bonaerense que, como dijimos, si bien es concentrada (ante la SCBA), resulta subjetiva (concreta); asimismo de la moderna, reciente y particular, acción declarativa de inconstitucionalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 113, inc. 2°) toda vez que si bien es abstracta, está legitimado cualquier ciudadano, con lo que adquiere una naturaleza de acción popular³⁷.

Como adelantamos, desde el 2004 y según el art. 103 de la CF, son los mismos quienes están legitimados para ejercer una u otra; a saber: el presidente de la República, las mesas del Senado Federal y de la Cámara de Diputados, la Mesa de Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, el gobernador de Estado o del Distrito Federal, el procurador general de la República, el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil, partido político con representación en el Congreso nacional y, finalmente las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional³⁸.

Si bien no nace de los textos pertinentes, la jurisprudencia del propio STF se fue encargando de delimitar los contornos de estos legitimados teniendo en cuenta la actividad de cada uno de ellos, así es que estableció, como requisito para tener como parte legítima a las autoridades y entidades indicadas, la llamada “pertinencia temática”³⁹. No obstante, sólo se requiere a las autoridades de los estados, las asociaciones de clase y las confederaciones sindicales⁴⁰; no así, v.gr., los partidos políticos⁴¹, ni a los demás. El principio básico de este presupuesto es que debe haber

³⁶ Lo mismo ocurre, v.gr., en España cuando el Tribunal Constitucional entiende del “recurso de inconstitucionalidad” (art. 162, inc. 1°, a, Const. española y art. 32, LOTC).

³⁷ Trionfetti, Víctor, *Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, “Revista de Derecho Procesal”, 2004-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 293. También es esa legitimación popular la que hace decir al autor que la ADI capitalina carece de esencia jurisdiccional pues es un desarrollo del art. 1° de la Constitución local, que establece la democracia participativa, implicando el instituto una instancia de participación ciudadana en el gobierno (p. 275 a 277). Por otro lado, la acción popular está regulada en Brasil desde 1965 por ley 4717, aunque sólo para impugnar actos que atenten contra el patrimonio estatal (Unión, Distrito Federal, Estados, Municipios, entidades autárquicas, etc.), según su art. 1°.

³⁸ El hecho de que estén contempladas como legitimadas ciertas instituciones representativas del pueblo (antes sólo estaba legitimado el procurador general), hizo decir a Dinamarco, que la acción directa de inconstitucionalidad pertenece al ámbito de la jurisdicción constitucional de la libertad (*A instrumentalidade do processo*, p. 33), postura que no compartimos pues si bien la premisa es cierta, no hay que perder de vista que, al ser de tipo objetivo, no es un medio directo para la tutela de los derechos de las personas o clases de ellas, sino que sólo tiende, *in abstracto*, a mantener la constitucionalidad del Estado.

³⁹ Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 171.

⁴⁰ “A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305 (RTJ 153/428); ADI 1151 (DJ, 19/5/95); ADI 1096 (LEX-JSTF, 211/54); ADI 1519, julg. em 6/11/96; ADI 1464, DJ, 13/12/96. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta” (ADI 1507-MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 6/6/97).

⁴¹ “Os partidos políticos, desde que possuam representação no Congresso nacional, podem, em sede de controle abstrato, argüir, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de

una correspondencia entre la norma que se pretende impugnar y los objetivos de quien ejerce esa impugnación.

§ 9. *Trámite*. En lo sustancial, el trámite de cada una de las vías estudiadas es similar (las pocas diferencias, aun sin ser menores, obedecen al diferente tipo de declaración pretendida), mas no queremos dejar de apuntar algunas cuestiones de relevancia.

a) En primera medida, ninguna de las dos tiene un plazo de caducidad como ocurre, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires con su acción originaria (art. 684, con las excepciones del art. 685 del CPCCBA, aun cuando jurisprudencialmente el ámbito de aplicación de ese plazo es cada vez menor, en la actualidad prácticamente limitado a la materia fiscal).

b) Los requisitos de la demanda⁴² son muy parecidos pero hay que tener presente que en la ADC se debe indicar la existencia de “controversia judicial relevante” sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción declaratoria (art. 14, III, ley 9868/99⁴³); pues se entiende que, de no existir tal controversia, la ADC sería un mecanismo de consulta sobre la validez de las normas, tarea impropia de la tarea jurisdiccional a cargo del STF⁴⁴.

c) Una vez interpuestas, no se admite el desistimiento (arts. 5° y 16, ley 9868/99), lo que resulta lógico frente al carácter público de los sujetos legitimados y a la naturaleza de estas acciones; esta solución ya estaba consagrada por precedentes del tribunal⁴⁵.

atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática” (ADI 1407-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 24/11/00).

⁴² Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 184 dice que el proceso se inicia con un requerimiento que no puede ser confundido con un pedido, tal como el que se dice de un proceso común, por eso en el texto omitimos la palabra pretensión y pusimos demanda en su conceptualización técnica, restringida al acto de iniciación del proceso.

⁴³ Esto ya estaba consagrado por la jurisprudencia del STF, lo que fue receptado al regularse estas acciones por la ley de marras (Facury Scaff - Moreira Maués, *A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade*, p. 237).

⁴⁴ “O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto*, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdiccional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal” (ADC 8-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 4/4/03); vemos aquí que, tanto a la ADIn como a la ADC, se les otorga un carácter eminentemente jurisdiccional pues no se trata de una consulta ni de una continuación del proceso legislativo; no obstante, son varios los precedentes en los que el STF se autodenomina como legislador negativo, lo que daría la impresión de un híbrido, pues las acciones serían jurisdiccionales, pero quien las decide se transforma por en sede de control abstracto en legislador negativo (RTJ 126/48, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 153/765, Rel. Min. Celso de Mello, ADI 1063-DF, Rel. Min. Celso de Mello, ADI 595-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, 26/2/02) .

⁴⁵ “Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, já se firmou, nesta Corte, o entendimento de que ação dessa natureza não é suscetível de desistência” (ADI 164, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 17/12/93).

d) En ninguna de las dos se admite la intervención de terceros (arts. 7° y 18, ley respectiva), pero en la ADIn se permiten presentaciones hechas por *amicus curiae*, cuando por la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, el relator del STF así lo amerite (§ 2, art. 7°, ley 9868/99).

e) Como es natural, la ADC no tiene una oposición formal, o sea, nadie debe “defender” la inconstitucionalidad de la norma, y se resuelve solamente con una vista previa al procurador general de la República; en cambio, en la ADIn, el abogado general de la Unión deberá defender la constitucionalidad del texto impugnado (art. 103, § 3, CF)⁴⁶.

f) En ambas proceden las medidas cautelares, con las siguientes particularidades: 1) ADIn. La medida cautelar otorgada en ésta, posee efectos ultractivos como principio, salvo cuando el STF considere discrecionalmente que deban ser retroactivos y así lo declare (art. 11, § 1, ley 9868/99); su concesión torna aplicable la legislación anterior si la hubiere, salvo expresa manifestación en contrario (art. 11, § 2); 2) ADC. La única posible es la orden a los jueces y tribunales de que suspendan el juzgamiento de los procesos en lo que está involucrada la aplicación de la ley o acto normativo objeto de la acción (art. 21, ley 9868/99); 3) En ambas se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del STF (arts. 10 y 21, de la ley reguladora, respectivamente), pero en la ADIn, además, se necesita la presencia (quórum) de al menos de ocho de sus miembros (art. 10, en su remisión al 22 de la ley 9868/99).

§ 10. *Efectos de la sentencia*. Se ha dicho más arriba que en Brasil coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad: uno difuso (subjetivo, concreto e incidental) y otro concentrado (objetivo, abstracto y principal), con lo cual, el STF tendrá podrá conocer de la constitucionalidad de una norma tanto *incidenter tantum* (en asunto de su competencia originaria y apelada, sobre todo por medio del recurso extraordinario) como *principaliter* (ADIn, ADC y ADPF).

Así las cosas, cuando resuelva en forma incidental que una determinada ley, acto normativo, precepto, etc. es inconstitucional, dejará de aplicarla al caso concreto que está conociendo y resolverá en consecuencia, pero la norma seguirá vigente en el ordenamiento –independientemente del efecto psicológico que generará en todos los demás jueces semejante declaración del más alto tribunal del país–, a excepción de que el Senado Federal, notificado que sea de la misma, suspenda la ejecución de la ley conforme lo establece el art. 52, inc. x, de la CF (no obstante, esto

⁴⁶ ADI 1616, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 24/8/01; ADI 3522, DJ, 12/5/06; “verdadeiro curador (*defensor legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao advogado-geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República” (ADI 1254-MC-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 19/9/97).

La abogacía general de la Unión es una institución que representa a la unión judicial y extrajudicialmente (art. 1°, ley 73) y su cabeza, el abogado general, es el órgano de asesoramiento jurídico más elevado del Poder Ejecutivo y depende directamente del presidente (art. 3°, ley 73). En líneas generales, salvo por la diferencia fundamental de la dependencia directa del Poder Ejecutivo, la institución es asimilable a nuestro fiscal de Estado (para las funciones del último, ver, Tribiño, Carlos R., *El fiscal de Estado*, Bs. As., Ábaco, 2001).

no es un efecto de la sentencia sino una decisión política adoptada como una consecuencia).

Bien diferente es lo que ocurre cuando se trata de los institutos que aquí quisimos explicar toda vez que, según el § 2 del art. 102 de la CF, “las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el STF, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declarativas de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, respecto de los demás órganos del Poder Judicial y a la Administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal”⁴⁷. Por cuestiones metodológicas, trataremos los efectos de estas sentencias en diferentes apartados relativos a los efectos temporales, la eficacia subjetiva y finalmente se harán unas reflexiones dentro del campo de lo que podría decirse, objetivo.

a) Efectos temporales. La doctrina del país vecino es conteste, de acuerdo con la concepción clásica, en considerar a la ley inconstitucional como nula, y no anulable, ergo lo sería *ab origine*⁴⁸; en otros términos, si la ley se considera inválida, lo es desde su nacimiento; derivación lógica y coherente con tal entendimiento, se traduce en la atribución de efectos retroactivos (*ex tunc*) a la declaración de marras. Por otro lado lo dicho surge, *de lege ferenda*, del texto del art. 27 de la ley 9868/99, en tanto éste prescribe que con el voto de dos tercios del tribunal, se podrán restringir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o decidir que tendrá eficacia a partir de determinado momento. Aparece claro, entonces, que la declaración de inconstitucionalidad tiene, en principio, efectos *ex tunc*, salvo que el STF, atendiendo a razones de orden práctico o público, disponga que lo serán *ex nunc*.

Tan es esto así que con la anulación de la ley, surge la normativa anterior si la hubiere, según lo establece el STF⁴⁹.

b) Eficacia subjetiva. Surge claro de las leyes citadas que, tanto cuando se declara la constitucionalidad como la inconstitucionalidad de una norma, la eficacia se extiende subjetivamente a todos los órganos de la Administración pública y del Poder Judicial en todas las esferas estaduais, cuestión que entendemos correcta pues sería absurdo crear un sistema abstracto (puro, o sea, sin que haya un interés subjetivizado de por medio que pretenda tutelarse, de control de constitucionalidad) sin esa extensión, máxime cuando la legitimación para acceder es institucionalizada; asimismo, el hecho de que sea vinculante (vinculante *iuris*, no *de facto* por la autoridad del órgano) es una consecuencia de esa legitimación y del propio efecto expansivo.

Por otro lado, ese alcance subjetivo y esa eficacia *erga omnes*, se produce aun cuando el STF decide, bajo el criterio de las sentencias manipulativas o aditivas, la

⁴⁷ Traducción propia, art. 28, § único, ley 9868/99; en igual sentido el art. 10, § 3 de la ley 9882/99 relativa a la ADPF.

⁴⁸ Barbosa Moreira, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, p. 174; Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 174; entre muchos otros y autores por ellos citados.

⁴⁹ “A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa –considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente– em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), não se reveste de qualquer carga de eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF)” (ADI 2884, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 20/5/05).

denominada “interpretación conforme la constitución” o la “inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto”⁵⁰ (art. 28, § único, ley 9868/99); sobre ellas volveremos en el ap. c, al tratar la flexibilización del principio de congruencia.

Lo dicho sobre la extensión subjetiva amerita, todavía, dos consideraciones más. En primer término, la eficacia de la sentencia no alcanza al Poder Legislativo, lo que surge evidente de su deliberada omisión en las normas implicadas y de las propias decisiones del tribunal; por lo tanto, éste podrá promulgar una ley exactamente igual a la anulada⁵¹.

En segundo lugar, al considerarse nula una norma inconstitucional, la expansión de los efectos de la sentencia resulta una derivación coherente con esa postura, el postulado sería el siguiente: si la ley es nula, es nula para todos, pues ella nació muerta. De esa extensión no se corre ningún riesgo a los derechos de las personas (tal vez, sólo la pérdida de la expectativa a los sectores beneficiados por la norma) dado que, además, el efecto retroactivo descrito con anterioridad, que pueda tener la declaración no llega al extremo tal de conmovir a la cosa juzgada y más, cuando razones de interés público lo aconsejen, el STF tendrá como reaseguro, la posibilidad de no darle esa eficacia *ex nunc*.

Mas no ocurre lo mismo con la declaración de constitucionalidad, pues los mismos efectos que, en principio, resultan positivos en la ADIn, podrán tener resultados gravemente nocivos cuando se trate de una ADC si se advierte una cosa: es muy probable que una ley sea susceptible de ser considerada, *in abstracto*, como constitucional y así declararlo el STF, mas puede ocurrir que la misma resulte injusta, y por ende inconstitucional, al aplicársela *in concreto*; si se entiende en todo su rigor el efecto vinculante y *erga omnes* de la sentencia, el justiciable que se encuentre en esta última situación quedará desamparado.

He aquí una ardua tarea del tribunal, que deberá estar a la altura de su autoridad y ser cuidadoso al redactar las sentencias estimativas de ADC, para no dejar sin tutela subjetiva y concreta a los sujetos que piden justicia; aquí se podrá valer de todos los medios al alcance de su mano, especialmente las llamadas “sentencias manipulativas”, para que en sede de control difuso, los tribunales puedan dejar de

⁵⁰ Art. 28, § único, ley 9868/99. Así también la jurisprudencia del propio STF “As decisões substanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos (*erga omnes*) e possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, à necessária observância por tais órgãos estatais, que deverão adequar-se, por isso mesmo, em seus pronunciamentos, ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido, seja no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, seja no da ação declaratória de constitucionalidade, a propósito da validade ou da invalidez jurídico-constitucional de determinada lei ou ato normativo” (Rcl 2143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 6/6/03).

⁵¹ Barbosa Moreira, *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño*, p. 174. Así lo dijo el mismo STF: “A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão” (Rcl 2617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ, 20/5/05).

aplicar la norma declarándola inconstitucional en el caso específico que les toca resolver⁵². En definitiva, de lo que se trata es de diferenciar entre la inconstitucionalidad absoluta (*void on its face*), respecto de la relativa (*void as applied*).

Esto último, en rigor de verdad, nos hace dudar seriamente de la utilidad de esta acción: o ella, por sus efectos entendidos rigurosamente, es muy peligrosa y una alarmante herramienta política si los miembros del STF no son realmente independientes; o es completamente inútil pues se pierde el fin unificador y de prevención que se le puede atribuir —único fin no político (en sentido vulgar, pues siempre es político el control de constitucionalidad) que consideramos se le puede otorgar al instituto—.

c) Efectos objetivos. Bajo este rótulo queremos analizar dos cuestiones que, en rigor técnico, más que efectos objetivos de la sentencia serían flexibilizaciones del principio de congruencia.

Como primera medida se debe apuntar lo ya adelantado sobre la llamada “interpretación conforme a la constitución”⁵³ y la inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, las cuales, poseen la naturaleza de las sentencias manipulativas o aditivas⁵⁴ (según el caso); ellas consistirían, no en anular la ley impugnada sino, contrariamente, analizar el texto y, de varias interpretaciones posibles, elegir la que es adecuada a la carta magna descartando los demás entendimientos que no sean compatibles con ella⁵⁵; en otras palabras, la ley quedará vigente pero sólo para aplicarla según la interpretación dada por el STF. Esto último resulta lógico ante la grave decisión, nadie niega que es un remedio de *ultima ratio*, que implica la anulación de un acto por quien no fue el que lo editó.

Del otro lado, cabe resaltar que el Tribunal no está limitado a las cláusulas constitucionales señaladas por el actor como violadas por la norma cuestionada; el STF, analiza la constitucionalidad o no, respecto a la CF toda, sin importar la alegación hecha en el escrito postulatorio, o sea que posee un amplio margen examinador donde la Constitución entera es el marco del análisis⁵⁶.

⁵² Así lo hizo al fallar la ADC 4, por la que se pretendía la declaración de constitucionalidad de un acto normativo (medida provisoria) que prohibía el dictado de medidas cautelares en procesos comprendidos en las medidas encuadradas dentro del llamado “Plan Collor”. Aquí el STF, dijo que la norma era constitucional pero que si se daban los requisitos de las medidas cautelares en los casos concretos, los jueces podrían otorgarlas (en rigor, no decidió absolutamente nada, y delegó tácitamente la cuestión en el control difuso. Véase, Facury Scaff - Moreira Maués, *A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade*, p. 235 a 237, para una relación de lo que sucedió en dicha oportunidad.

⁵³ El STF las ha definido así: “Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição” (ADI 3046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 28/5/04).

⁵⁴ Sobre ellas véase Serra Rad, *Procesos y recursos constitucionales*, p. 82 a 85.

⁵⁵ Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 175 y 185.

⁵⁶ Alvim, *Manual de direito processual civil*, p. 184 y 185.

4. Conclusión

Hemos tratado de describir el funcionamiento de un sistema concentrado de control de constitucionalidad, cuyos efectos extensivos, consideramos que resultan beneficiosos a la unidad y seguridad jurídica, y consecuentemente a la educación de la sociedad en cuanto al conocimiento determinado de sus derechos; estas cuestiones tienden, gracias a esto, a ser dispositivos que concreten el postulado constitucional de igualdad ante la ley, pues ella no es tal si se aplica en forma diferente a cada ciudadano.

Asimismo, tienden al desagote, en forma preventiva, de los colapsados Poderes Judiciales (Brasil, Argentina, Latinoamérica entera e incluso muchos países europeos sufren este mal), con lo cual, miramos con entusiasmo, y lo seguiremos haciendo en su constante evolución, estos institutos del hermano país a los fines de promover la incorporación a nuestro derecho positivo sin olvidar la diferente idiosincrasia entre ambas sociedades (no se puede dejar de pensar en que Brasil tiene una densidad demográfica muchísimo mayor que la nuestra, ya en São Paulo hay más habitantes que en la Argentina toda) y las críticas que aquí se han hecho, sobre todo respecto de la ADC de la cual tenemos nuestras dudas⁵⁷.

© Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.



⁵⁷ Por ejemplo, Salgado - Verdaguer, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, p. 351, nota 7, consideran que esto no es posible en el orden nacional.