

La acción declaratoria de constitucionalidad. Un instrumento para el control de constitucionalidad de normas en el derecho brasileño. Análisis y perspectiva

Declaratory judgement of constitutionality. An instrument for the constitutional review of laws under Brazilian law.

Analysis and perspective

*Alejandra Mpolás Andreadis**

“Nunca es tan fácil perderse como cuando se cree conocer el camino”.

Proverbio chino

Resumen

La Constitución de la República Federativa de Brasil establece un sistema de control de constitucionalidad mixto. Así, la guarda de la Constitución le compete, principalmente, al Supremo Tribunal Federal, al que le cabe juzgar originariamente la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual, y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal. Asimismo, por influencia del sistema norteamericano, se contempla también la posibilidad de control difuso por parte de los tribunales; aunque solo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros podrán declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del poder público. El presente trabajo se centra en el control concentrado y, particularmente, en un instrumento de control de constitucionalidad de normas sin paralelo en otros sistemas jurídicos: la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, atribuido a la competencia originaria del Supremo Tribunal Federal.

Palabras clave: Constitución – control difuso – control concentrado – Corte – Brasil – acción declaratoria – constitucionalidad – inconstitucionalidad – ley – poderes – Estado

* Abogada (UBA), Directora del Instituto de Investigaciones en Derecho (UdeMM), profesora titular (UdeMM), secretaria interina en Juzgado Nacional en lo Civil.

Abstract

The Constitution of the Federative Republic of Brazil establishes a mixed system of constitutional review. Thus, it is primarily incumbent upon the Federal Supreme Court uphold the Constitution, which is originally responsible for addressing the direct action of unconstitutionality of federal or state law or normative act and the declaratory action of constitutionality of federal law or normative act. In turn, due to the influence of North American law, it also contemplates the possibility of diffuse control, carried out by lower courts, although stating that only by the vote of the absolute majority of their members can they declare the unconstitutionality of a law or normative act of the public power. This paper focuses on concentrated control and, particularly, on an unparalleled instrument of constitutional review: the declaratory judgement of constitutionality of federal law or normative act, attributed to the original jurisdiction of the Federal Supreme Court.

Key words: Constitution – diffuse control – concentrated control – court – Brazil – declaratory action – constitutionality – unconstitutionality – law – powers – State

I. Introducción

La Constitución de la República Federativa de Brasil (CF) establece un sistema federal de gobierno que está constituido por la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios; todos autónomos, conforme con el art. 18. Asimismo, posee una norma de clausura por la que no se podrá optar por otro sistema.¹

La forma de gobierno es presidencialista y el Estado está dividido en tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), más el Ministerio Público.

El Poder Legislativo está conformado por el Congreso Nacional: la Cámara de Diputados y el Senado Federal. La Cámara de Diputados está compuesta por los representantes del pueblo, elegidos por el sistema proporcional en cada Estado, en cada territorio y en el Distrito Federal. El Senado Federal está compuesto por los representantes de los Estados y del Distrito Federal, elegidos según el sistema mayoritario (art. 44 y siguientes).

El art. 76 establece que el Poder Ejecutivo es ejercido por el presidente de la República, junto con los ministros de Estado. Este departamento cuenta, a su vez, con dos órganos de consulta del presidente.

En primer lugar, el Consejo de la República (órgano superior de consulta, art. 89), integrado por el vicepresidente de la República, el presidente de la Cámara de Diputados, el presidente del Senado Federal, los líderes de la mayoría y de la minoría en la Cámara de Diputados y en el Senado Federal, el ministro de justicia, y seis ciudadanos brasileños por nacimiento con más de treinta y cinco años de edad. En lo que respecta a estos últimos, dos de los ciudadanos son nombrados por el presidente de la República, dos son elegidos por el Senado Federal y dos son elegidos por la Cámara de Diputados; todos con mandato de tres años, sin posibilidad de ser nombrados para un segundo período en el mismo cargo.

En segundo lugar, está el Consejo de Defensa Nacional (art. 91), el cual es un órgano consultivo en asuntos relacionados con la soberanía nacional y la defensa del Estado democrático. Este se encuentra integrado por el vicepresidente de la República, el presidente de la Cámara de Diputados, el presidente del Senado Federal, el ministro de justicia, el ministro de Estado de Defensa, el ministro de las Relaciones Exteriores, el

¹ El art. 60 sobre enmiendas a la Constitución, en su párrafo cuarto, establece que: “[n]o será objeto de deliberación la propuesta de enmienda que tienda a abolir: I – la forma federativa del Estado; II – el voto directo, secreto, universal y periódico; III – la separación de los Poderes; IV – los derechos y garantías individuales”.

ministro de Planificación y los comandantes de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica.

El Poder Judicial, por su parte, se encuentra normado en la CF a partir del art. 92, que establece su conformación:

I – el Supremo Tribunal Federal;

I-A – el Consejo Nacional de Justicia;

II – el Superior Tribunal de Justicia;

II-A – el Tribunal Superior del Trabajo;

III – los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales;

IV – los Tribunales y Jueces del Trabajo;

V – los Tribunales y Jueces Electorales;

VI – los Tribunales y Jueces Militares;

VII – los Tribunales y Jueces de los estados y del Distrito Federal y Territorios.

El Supremo Tribunal Federal es quien tiene “la guarda de la Constitución”. En este marco, el presente trabajo desarrollará, en el capítulo siguiente, cómo se ejerce el control de constitucionalidad según la carta magna brasileña, para luego adentrarse en el instituto elegido como centro de análisis.

II. Control del poder

El control, desde el punto de vista institucional, es “la aptitud o potestad que tiene un órgano para limitar los actos de otro o de intervenir en él”.² En un sistema con base en la división de poderes, este control será ejercido entre los distintos poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), variando el controlante y el subordinado, dependiendo el acto de que se trate.

En el caso de la sanción de las leyes, tarea que radica en el legislativo, el poder ejecutivo controla por medio del “veto” y, por su parte, el poder judicial mediante el “control constitucional”.

Sobre la base del pacto social francés –o rousseauiano–, la ley es la expresión de la *volonté générale*, y sus determinaciones también tienen carácter general, lo que resuelve el problema de la legitimidad ya que, al obedecer a la voluntad general, nos estamos

² Carlos I. Salvadores de Arzuaga, *Los Controles Institucionales en la Constitución Argentina 1853-1994* (Buenos Aires: La Ley, 1999), p. 2.

obedeciendo a nosotros mismos.³ El juez aparece en escena recién ante un conflicto concreto respecto de la aplicación de una o varias normas, o ante el incumplimiento de una norma. El juez es puesto en el papel de árbitro de la controversia y –heredado de los Estados Unidos– de guardián de la Constitución Nacional.

El control de constitucionalidad:

ya sea que se dirija a atender el pedido de inaplicación de una norma jurídica de alcance general, o a su declaración de inconstitucionalidad y ulterior expulsión del ordenamiento, o bien se oriente a llevar a cabo una mera interpretación acerca de algunos alcances de la regla cuestionada, (...) es el que pone en funcionamiento a la garantía constitucional de la Constitución.⁴

Este control de constitucionalidad puede ser *difuso* –cuando cualquier órgano jurisdiccional puede ejercer el control–, *concentrado* –cuando hay un órgano jurisdiccional único y específico, al que se reserva la competencia exclusiva de ejercer el control–, o *mixto* –cuando tanto un tribunal constitucional como los jueces ordinarios invisten competencia, cada cual mediante diversas vías procesales–. Entre tales vías procesales se encuentran la *vía directa, de acción o de demanda* –en la cual el proceso se promueve con el objeto de atacar la presunta inconstitucionalidad de una norma o un acto–, la *vía indirecta, incidental o de excepción* –cuyo objeto es atacar la presunta inconstitucionalidad de una norma o un acto– y la *elevación del caso* –en este supuesto, el juez que está conociendo en un proceso remite la causa a un órgano especializado y único para que resuelva si la norma que debe aplicar es o no inconstitucional–.⁵

En Brasil, el control de constitucionalidad es mixto. El art. 102.I.a de la CF establece que la guarda de la Constitución le principalmente compete al Supremo Tribunal Federal, al que le cabe juzgar, originariamente, la acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual, y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal. Asimismo, por influencia del derecho norteamericano, el art. 97 contempla la posibilidad de que los tribunales también lleven a cabo el control (difuso), aunque afirma que solamente por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo del poder público.

A fin de arribar a analizar el instituto objeto del presente trabajo, nos detendremos en

³ Eduardo García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4ª ed, (Madrid: Civitas, 2011), p. 24.

⁴ Raúl G. Ferreyra, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías* (Buenos Aires: Ediar, 2003), pp. 218-9.

⁵ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la constitución reformada*, Tomo I (Buenos Aires: Ediar, 1996), pp. 356-7.

el control concentrado. Por medio de este se procura obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo, independientemente de la existencia de un caso concreto. Lo que se busca es la obtención de la invalidación de tal ley, a fin de garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas, las cuales no pueden basarse en normas inconstitucionales.⁶ La declaración de inconstitucionalidad, por lo tanto, es el objeto principal de la acción.

La constitución vigente, siguiendo la línea ya trazada en la de 1934, establece que el Senado Federal debe suspender la ejecución de una ley declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal (art. 52.X). Además, exige mayoría absoluta de los miembros del Tribunal para la declaración de inconstitucionalidad de toda ley o acto normativo del poder público (art. 97).

La Enmienda Constitucional Nro. 16/65 introdujo la representación por inconstitucionalidad, hoy denominada “acción directa de inconstitucionalidad”, que es una forma de control de constitucionalidad por vía principal concentrada. Se trata de una acción que busca la defensa de la Constitución contra las leyes y actos normativos incompatibles con ella, pero no tutela relaciones jurídicas concretas. Es decir, que las partes no defienden intereses propios, sino colectivos, en pos de la preservación del orden constitucional.

Desde 1965 hasta la Constitución de 1988, la legitimación activa de la acción directa de inconstitucionalidad era privativa del Procurador General de la República. La Constitución brasileña vigente amplió el rol de legitimados. Así, la competencia general o universal de la acción le cabe al presidente de la República, a las mesas del Senado y de la Cámara de Diputados, al Procurador General de la República, al Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil y a los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional. La legitimación específica o especial se atribuyó al gobernador del Estado, a la Mesa de la Asamblea Legislativa, y a toda confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

La Constitución de 1988, en el art. 103, inc. 2, introduce la acción directa de inconstitucionalidad por omisión de medida para tornar efectiva una norma constitucional en los siguientes términos: “[d]eclarada la inconstitucionalidad por omisión de medida para tornar efectiva una norma constitucional, será dada en conocimiento al Poder

⁶ Alexandre De Moraes, *Direito Constitucional*, 23.^a ed. (São Paulo: Atlas, 2008), p. 730.

competente para la adopción de las providencias necesarias y, si se trata de un órgano administrativo, para hacerlo en treinta días”.⁷ De allí se desprende que la inconstitucionalidad por omisión se da en casos de incumplimiento de la obligación constitucional de legislar, cuando la misma Constitución impone al órgano legislativo la sanción de una determinada norma.

Por su parte, el art. 102, inc. 1 de la CF establece que la “alegación de incumplimiento de precepto fundamental” de la Constitución será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, en la forma de la ley.⁸ Esta alegación de incumplimiento de precepto fundamental fue reglamentada por la Ley Nro. 9.882/99, cuyo art. 1 dispone que tiene por objeto evitar o reparar toda lesión a precepto fundamental que resulte de un acto del poder público. Tiene lugar, también, cuando fuere relevante el fundamento de la controversia constitucional sobre la ley o acto normativo federal, estadual o municipal, inclusive los anteriores a la Constitución.

La ley prevé dos modalidades de alegación: 1) la alegación autónoma, que constituye proceso objetivo, y debe ser utilizada cuando las acciones constitucionales no sean procedentes o cuando se revelasen no idóneas para alejar o impedir la lesión a los preceptos fundamentales, sin cualquier otro proceso judicial anterior; y 2) la alegación incidental, paralela a un proceso judicial ya instaurado y que surge en razón de este.

Sin embargo, esta alegación de incumplimiento de precepto fundamental aún no encontró su identidad en el sistema de control de constitucionalidad de leyes brasileño,⁹ ya sea por la dificultad de dilucidar cuáles son específicamente los “preceptos fundamentales” –que no están definidos en la Constitución– o por la ambigüedad del ámbito de su competencia, debido a que su planteo resulta posible solo si no hubiera ningún otro medio eficaz para sanar la lesividad. Incluso contra este instituto, el *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil* ha planteado una acción directa de inconstitucionalidad (ADI 2.231-8), iniciada el 27 de junio de 2000, que aún se encuentra

⁷ Traducción propia. Texto original: “Art. 103, 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁸ Traducción propia. Texto original: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

⁹ Marcelo Figueiredo, “Una visión del control de constitucionalidad en Brasil”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, Nro. 41 (noviembre de 2006): p. 116. Disponible en: <https://docm.jccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=Revista41.pdf&tipo=rutaRevistas>. Último acceso el 15/11/20.

pendiente de resolución por parte del Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Dentro de los mecanismos de control concentrado de constitucionalidad se halla la acción declaratoria de constitucionalidad.

III. La Acción Declaratoria de Constitucionalidad

La Enmienda Constitucional Nro. 3/93, que dio nueva redacción al art. 102, inc. I – a) de la CF, instituyó en el derecho brasileño un instrumento de control de constitucionalidad de normas sin paralelo en otros sistemas jurídicos: la acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, cuya competencia originaria fue atribuida al Supremo Tribunal Federal.

La finalidad de esta acción –enunciada en la Exposición de Motivos de la Enmienda Constitucional Nro. 130 de 1992 y reafirmada por el Supremo Tribunal Federal en la acción declaratoria de constitucionalidad Nro. 1–¹¹ es la de obtener la declaración de constitucionalidad de toda ley o acto normativo federal, frente a la existencia de controversias relevantes sobre su legitimidad constitucional, con el fin de eliminar la inseguridad jurídica y establecer una orientación uniforme en cuanto a la validez o invalidez constitucional de la norma cuestionada. Es decir, que los legitimados pueden pedir la declaración de constitucionalidad de una ley o acto normativo federal frente una grave situación de inseguridad jurídica, evidenciada por decisiones discrepantes en cuanto a su constitucionalidad en litigios concretos.

La Enmienda Constitucional Nro. 45/04, que dio una nueva redacción al art. 103, atribuye la misma legitimación para este instituto que para la ya reseñada acción directa de inconstitucionalidad. Asimismo, ambas acciones tienen en común que se caracterizan por ser procesos objetivos, ya que no poseen partes en el sentido del proceso común, sino requirente y requerido; ni son consecuencia de un conflicto de intereses. La cuestión de constitucionalidad de la ley o acto normativo es presentada para su apreciación ante el Supremo Tribunal Federal, a los fines de corregir el estado de inseguridad jurídica. Específicamente, en la acción declaratoria de constitucionalidad, el pedido es dirigido a la declaración de su constitucionalidad. En cuanto a los instrumentos posibles de control de constitucionalidad por acción directa, estos pueden ser enmiendas constitucionales,

¹⁰ “Acción directa de inconstitucionalidad - 2.231-8”, Supremo Tribunal Federal, <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828554>. Último acceso el 15/11/20.

¹¹ “Supremo Tribunal Federal”, <http://www.stf.jus.br>. Último acceso el 15/11/20.

leyes complementarias, leyes ordinarias, leyes delegadas, medidas provisionales, decretos legislativos y resoluciones (art. 59 de la CF), decretos autónomos, legislaciones estadales y tratados internacionales.

La nota distintiva más importante entre la acción declaratoria de constitucionalidad y la acción directa de inconstitucionalidad está en el objeto de cada una. Al contrario de la acción directa de inconstitucionalidad, en la que se pide la declaración de inconstitucionalidad de una norma, en la acción declaratoria de constitucionalidad el legitimado peticiona la declaración de constitucionalidad. Es decir, que la improcedencia de la acción directa de inconstitucionalidad deriva del reconocimiento de la constitucionalidad de la norma, que es el mismo efecto de la procedencia de la acción declaratoria de constitucionalidad.

Podría objetarse que, al existir la acción directa de inconstitucionalidad, no se justifica la acción declaratoria de constitucionalidad. Sin embargo, ocurre que, si los requirentes están convencidos de la constitucionalidad de la norma, ¿cómo podrían invocar una acción directa de inconstitucionalidad en la que se pide la declaración de constitucionalidad?¹²

La declaración de inconstitucionalidad de una ley puede resultar, entonces, de la improcedencia de una acción declaratoria de constitucionalidad o de la procedencia de una acción directa de inconstitucionalidad. En ambos casos, la consecuencia es la eliminación de esa norma del mundo jurídico.

La acción declaratoria de constitucionalidad presupone la existencia de litigios en serie en torno a la constitucionalidad de una norma, lo que genera un grave estado de inseguridad jurídica. La corrección de este estado de incerteza constituye la finalidad principal de este nuevo instrumento de control de constitucionalidad.

A. El procedimiento de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad

El procedimiento está reglado por la Ley Nro. 9.868/99, que también regula la acción directa de inconstitucionalidad. En los términos de su art. 14, la petición debe indicar la ley o acto normativo cuestionado, la causa del pedido y la demostración objetiva de la existencia de controversias judiciales relevantes en torno de la aplicación de la norma.

¹² Cecilia Alencar Machado da Silva Cavalcante, “Ação declaratória de constitucionalidade. Uma análise do instituto no contexto do controle jurisdicional de constitucionalidade”, *Revista Jus Navigandi* 10, Nro. 785 (agosto de 2005): p. 9. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7181>. Último acceso el 15/11/20.

Esta divergencia jurisdiccional se caracteriza por un volumen considerable de decisiones judiciales divergentes, y configura un verdadero estado de inseguridad jurídica, generando perplejidad social y comprometiendo la estabilidad del sistema de derecho positivo vigente.¹³ La petición debe incluir los argumentos por los que son improcedentes las declaraciones de inconstitucionalidad de la norma, deducidas en los casos concretos. Aunque debe recordarse que la resolución que se dicte no será en tutela de los intereses de las partes en esos casos concretos, sino que esta apreciará la constitucionalidad de la norma en abstracto, afirmando la existencia o no de vicios en cuanto a la creación o al contenido de la ley considerada.

Tal escrito inicial podrá ser desestimado preliminarmente por uno de los ministros del Supremo Tribunal Federal (Ministro Relator) por ausencia de fundamentación o improcedencia manifiesta (art. 15). Esta decisión podrá ser apelada ante el Tribunal en pleno. No se admite desistimiento de esta acción ni intervención de terceros en el proceso (art. 18), aunque el relator puede recibir la manifestación de otros órganos o entidades, así como requerir informes técnicos sobre el tema a peritos, y a los Tribunales Superiores federales y estatales, lo que supone la fase probatoria (art. 20, inc. 2).

Concluida esta etapa, la causa pasa a la decisión del Plenario del Supremo Tribunal Federal, que declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad por mayoría absoluta, es decir, al menos seis votos de once ministros que componen el Tribunal. El quórum mínimo para la deliberación es de ocho ministros (arts. 22 y 23).

La decisión, que es irrecurrible (art. 26), deberá ser comunicada a la autoridad u órgano responsable de la expedición de la norma cuestionada (art. 25). Su parte dispositiva deberá ser publicada en el plazo de diez días en el Diario de Justicia y en el Diario Oficial de la Unión (art. 28).¹⁴

Está de más aclarar que la Corte debe restringirse a resolver sobre las normas impugnadas por el peticionario. De lo contrario, su accionar importaría el control de oficio de actos del poder legislativo, en violación al principio de separación de poderes.

El art. 21 de la Ley Nro. 9.868 autoriza la medida cautelar en la acción declaratoria de constitucionalidad, a fin de obtener la suspensión de los juicios que involucren la aplicación de la norma objeto de la acción. Debido a los posibles daños que la suspensión

¹³ Alencar Machado da Silva Cavalcante, “Ação declaratória de constitucionalidade. Uma análise do instituto no contexto do controle jurisdiccional de constitucionalidade”, p. 11.

¹⁴ Traducción propia. Texto original: Diário de Justiça, Diário Oficial da União.

de los procesos podría provocar una vez decretada la medida cautelar, la resolución sobre la acción declaratoria de constitucionalidad debe ser dictada dentro de los ciento ochenta días a partir de la concesión, bajo apercibimiento de la pérdida de eficacia de la medida.

B. Efectos

Una vez que el Supremo Tribunal Federal brasileño declara la constitucionalidad de la norma, la decisión tendrá efecto vinculante para los órganos del poder judicial, del poder ejecutivo e, incluso, para el Supremo Tribunal Federal; que deberán, necesariamente, adoptar la norma y desechar cualquier interpretación contraria que declare su inconstitucionalidad.

En el caso de que la Corte se limite a declarar inconstitucional una hipótesis determinada de aplicación de la ley, sin alteración de las expresiones literales del texto legal, se encuentra configurada la llamada “declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto”. En ese supuesto, la decisión tiene efecto vinculante para excluir la aplicación de la ley a determinadas situaciones.¹⁵

Si la acción declaratoria de constitucionalidad se considera procedente, no podrán realizarse más cuestionamientos futuros sobre la constitucionalidad de la norma analizada. Si, por el contrario, es declarada improcedente, este pronunciamiento de inconstitucionalidad importará la exclusión de la ley del mundo jurídico.

C. Antecedentes y comparación con otros sistemas políticos

Aclaremos que nos interesamos por este mecanismo para el control de constitucionalidad del sistema brasileño porque no tiene paralelo en las cartas magnas del resto de los países de la región, ni de ningún otro Estado del mundo. No obstante, hubo antecedentes en los que los sistemas judiciales de algunos países se expidieron sobre la constitucionalidad de determinadas normas.

Así, la primera vez que se decidió una típica acción declaratoria de constitucionalidad por medio del ejercicio de un control concentrado fue por el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemán), en 1953. En aquella oportunidad, la acción se inició a propuesta del Estado de Baja Sajonia, que postulaba la declaración de constitucionalidad del reglamento del 8 de julio de 1952 sobre la organización de la

¹⁵ Alencar Machado da Silva Cavalcante, “Ação declaratória de constitucionalidade. Uma análise do instituto no contexto do controle jurisdicional de constitucionalidade”, p. 11.

justicia estatal, e incluso se solicitó una medida cautelar para asegurar la aplicación del reglamento hasta la decisión final. La Corte Constitucional alemana, aunque admitió la acción, declaró la incompatibilidad del reglamento con la Ley Fundamental, declarando su nulidad.¹⁶

Por su parte, en los Estados Unidos, en el precedente “Willing v. Chicago Auditorium Association”, el ministro de la Corte federal Stone declaró que:

[c]iertamente no hay ningún ‘caso o controversia’ ante nosotros que requiera una opinión sobre el poder del Congreso de incorporar la sentencia declaratoria a nuestra jurisprudencia federal. Y la determinación que se hace ahora me parece muy similar a un juicio declaratorio en el sentido de que no podríamos estar constitucionalmente autorizados para emitir tales juicios, pero es, además, prospectivo, no solicitado y no autorizado por ningún estatuto/ley.¹⁷

Hay que destacar que en los países del *common law* se habilita la técnica del *judicial review*, a partir de la cual el derecho común puede exigir cuentas tanto a los *statutes* como a las leyes y a las normas puramente singulares. Esta técnica del *common law* es lo que todavía hoy, en el sistema inglés (que no conoce la técnica de constitucionalidad de las leyes), se llama *the control of the common law over statutes*. En su esencia, el *common law* no es un derecho legislado;¹⁸ aunque, si bien en el sistema inglés la autoridad del parlamento no tiene mayores límites, el sistema norteamericano tiene la particularidad de poseer, al igual que los sistemas democráticos continentales, una Constitución cierta y fija, que contiene la voluntad permanente del pueblo, plasmada en normas superiores a las leyes comunes que emanan del legislativo”.¹⁹

En Europa, el papel del juez o de un tribunal judicial como guardián de la Constitución nacional no fue receptado en Europa hasta luego de la posguerra, con sus

¹⁶ Inacio de Carvalho Neto, *Ação Declaratória de Constitucionalidade à luz da lei 9.868/99*, 3.ª ed. revisada y actualizada (Curitiba: Juruá, 2006), p. 23.

¹⁷ “Willing v. Chicago Auditorium Association”, US. 274 (1928). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/274/>. Traducción de la autora. Texto original: “There is certainly no ‘case or controversy’ before us requiring an opinion on the power of Congress to incorporate the declaratory judgment into our federal jurisprudence. And the determination now made seems to me very similar itself to a declaratory judgment to the effect that we could not constitutionally be authorized to give such judgments -- but is, in addition, prospective, unasked, and unauthorized under any statute”.

¹⁸ Eduardo García de Enterría, “Del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 1 (1981): p. 37.

¹⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1983), p. 54.

primeros modelos en la Constitución alemana de Weimar y la Constitución austríaca de 1920.

De tal función se asombró Tocqueville al visitar el país del norte, de que un juez pudiera desobedecer una ley o dejar de aplicarla poniéndose por encima de la voluntad del pueblo si la considerase anticonstitucional. Puesto en sus propias palabras, para él:

desde el día en que el juez rehúse aplicar una ley en un proceso, ésta pierde al instante una parte de su fuerza moral...la ley así censurada está destruida: su fuerza moral ha disminuido, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir al fin.²⁰

Este poder político dado a los jueces ya había sido tratado por Montesquieu, quien tenía una concepción de la separación de poderes en la que a los jueces se les asignaba la defensa de la constitución o leyes fundamentales del país frente al propio legislador.²¹ Estos conceptos son dejados de lado por los revolucionarios franceses –por desconfiar de un poder judicial que nació de la aristocracia–, que tomaron la idea de división de poderes pero liberando a la voluntad general de los condicionamientos judiciales: “[n]uestra magistratura estaba justamente constituida para resistir el despotismo, pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria”.²²

Sobre la base del pacto social francés –o rousseauiano–, la ley es la expresión de la *volonté générale*, y sus determinaciones también tienen carácter general, lo que resuelve el problema de la legitimidad, ya que, al obedecer a la voluntad general, nos estamos obedeciendo a nosotros mismos.²³

Es así que, en las constituciones francesas de 1852 y 1946, la vía de control constitucional era mediante el Senado y el Comité Constitucional, respectivamente. Y la de 1958 estableció el sistema de control de conformidad de la ley con la constitución, por medio de un Consejo Constitucional.²⁴ Este es de conformación meramente política, no forma parte del poder judicial y está formado por nueve miembros, más los ex presidentes. Su particularidad es que poseen competencia para expedirse sobre la constitucionalidad

²⁰ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, pp. 113-4. Disponible en: <https://mrcalicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>. Último acceso el 24/2/21.

²¹ García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*, p. 45.

²² Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime*. En García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*, p. 48.

²³

García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*, p. 24.

²⁴ Página del Consejo Constitucional. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/>.

a priori, respecto de leyes orgánicas, leyes sometidas a referéndum, reglamentos de las Cámaras, ratificación de un tratado internacional; y *a posteriori*,²⁵ con relación a leyes que afecten derechos y libertades garantizados (cuestiones reenviadas por la Corte de Casación o el Consejo de Estado), y sobre temas electorales. Asimismo, posee funciones consultivas.

En España, por su parte, la creación de un Tribunal Constitucional data de 1980. Este Tribunal no integra el poder judicial, sino que es un órgano específico para dirimir cuestiones políticas de constitucionalidad, cuyo modelo fue el Tribunal Constitucional Federal alemán de 1920. La declaración de inconstitucionalidad de este organismo tiene un costo, a todas luces, político; ya que puede inhibir y, con efecto *erga omnes*, anular la validez y aplicabilidad de una decisión normativa de los otros poderes del Estado.²⁶

Claramente, en estos sistemas reseñados no tendría cabida la implementación de la acción declaratoria de constitucionalidad que, como mencionamos anteriormente, anticipa la existencia de litigios en serie en torno a la constitucionalidad de una norma y el consiguiente estado de inseguridad jurídica. En los sistemas en los que no existe control difuso o en los que la declaración de inconstitucionalidad se refiere a asignaturas políticas o tiene efecto *erga omnes*; se elimina la posibilidad de conflictos en serie respecto de la continuidad en la aplicación de una determinada ley.

D. ¿Inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes?

La Constitución brasileña, al igual que la mayoría de las constituciones dictadas por los sistemas democráticos, fundamenta la validez de todas las normas infraconstitucionales. Regula el proceso legislativo, órganos competentes y procedimiento a ser observado para la elaboración de normas.

Siguiendo los pasos indicados por la Constitución para la creación de leyes, estas se tornan obligatorias y el control de su constitucionalidad solo puede ser ejercido en los términos en que es admitido en la propia Constitución. Es por eso que solo la Constitución

²⁵ Agustín. Cárdenes, "Control de Constitucionalidad *A Posteriori* en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, Nro. 27 (julio-diciembre 2012): p. 45. Disponible en: www.juridicas.unam.mx.

²⁶ Jorge O. Bercholz, "La producción del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del Control de Constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado (1980-2011). Un estudio empírico-cuantitativo, con análisis cualitativo agregado, sobre el rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en el sistema político-institucional de España" (tesis de Doctorado Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016).

puede establecer los mecanismos de invalidez de esas leyes.

Retomando el análisis de la acción declaratoria de constitucionalidad, la mencionada presunción está invertida, ya que, por su intermedio, se pide que sea declarada la constitucionalidad de una norma que nació con la presunción de serlo. En este marco, tal supuesto se relativiza si existe inseguridad jurídica instaurada,²⁷ es decir, un descrédito por parte de la población en relación con la ley cuestionada, que podría surgir de decisiones encontradas en cuanto a la constitucionalidad en el ejercicio del control difuso, en los casos concretos.²⁸ La decisión en la acción declaratoria de constitucionalidad crea una presunción absoluta de constitucionalidad de la norma, ya que, recordemos, dicha decisión tiene eficacia general.

E. ¿Violación al principio constitucional de división de poderes?

El objeto de la petición en la acción declaratoria de constitucionalidad es el de ver reconocida la constitucionalidad de la norma federal. Como vimos, solo prospera la acción en caso de situación grave y relevante. Es decir, es presupuesto para la acción la existencia de controversias judiciales traducidas en una multiplicidad de litigios acerca de la constitucionalidad de determinada norma.

Es por ello que el Supremo Tribunal Federal no actúa como órgano de consulta ni como parte del proceso para tornar una ley obligatoria –lo que violaría claramente el principio de división de poderes–, sino que actúa para dirimir una controversia que afecta la presunción de constitucionalidad de una ley, en desmedro de la seguridad jurídica.

F. Eficacia

En los términos del art. 102 de la CF, las decisiones definitivas dictadas por el Supremo Tribunal Federal en las acciones declaratorias de constitucionalidad tienen efecto vinculante para todos. En otras palabras, todos los órganos gubernamentales y judiciales están compelidos a su observancia. Esta directiva constitucional se encuentra ratificada por el art. 28 de la Ley Nro. 9.868/99.

Quien no se encuentra vinculado, debido a que no está incluido en estas normas, es el poder legislativo, por lo que podría crear una nueva norma con el mismo contenido de

²⁷ Alencar Machado da Silva Cavalcante, “Ação declaratória de constitucionalidade. Uma análise do instituto no contexto do controle jurisdicional de constitucionalidade”, p. 11.

²⁸ De Carvalho Neto, *Ação Declaratória de Constitucionalidade à luz da lei 9.868/99*, 3.ª ed. revisada y actualizada, p. 53.

otra que haya sido declarada inconstitucional. En tal caso, solo mediante nueva acción directa podría esta norma ser declarada inconstitucional.²⁹

Respecto de este apartamiento del sistema jurídico de la norma declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal, se ha discutido en la doctrina el alcance de sus efectos. Por un lado, se partía de la premisa de que la inconstitucionalidad existía desde el nacimiento mismo de la norma cuestionada, ya que lo que hacía el Tribunal era meramente “declarar” su inconstitucionalidad, por lo que los efectos de tal acto debían retrotraerse al momento de creación de la norma. Por otro lado, existía el argumento de que sería imposible atribuir a las decisiones efectos *ex tunc* en todas las situaciones, ya que se debe tener en cuenta la presunción de legitimidad de las leyes y la necesidad de resguardar la situación jurídica de los terceros de buena fe.³⁰

El art. 27 de la Ley Nro. 9.868/99 trae una regla innovadora en tanto dispone que:

[a]l declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo, y teniendo en vista razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que sólo tenga eficacia a partir de su trámite en juicio o de otro momento que vaya a ser fijado.³¹

G. Acciones declaratorias de constitucionalidad presentadas ante el Supremo Tribunal Federal brasileño³²

Fueron presentadas setenta y cuatro acciones declaratorias de constitucionalidad (muchas de ellas aún pendientes de decisión). La primera, ADC N° 1, fue iniciada el 21 de julio de 1993.

Los peticionarios de esta fueron el presidente de la República, la mesa del Senado Federal y la de la Cámara de Diputados. El dispositivo legal cuestionado fue la Ley complementaria Nro. 70, del 30 de diciembre de 1991, que instituía una contribución para el financiamiento de la seguridad social y elevaba la alícuota de contribución social sobre

²⁹ Alencar Machado da Silva Cavalcante, “Ação declaratória de constitucionalidade. Uma análise do instituto no contexto do controle jurisdicional de constitucionalidade”, pp. 13-4.

³⁰ Alencar Machado da Silva Cavalcante, “Ação declaratória de constitucionalidade. Uma análise do instituto no contexto do controle jurisdicional de constitucionalidade”, p. 14.

³¹ Traducción propia. Texto original: “Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei o ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

³² “Supremo Tribunal Federal”. Disponible en: <http://www.stf.jus.br>.

las ganancias de las instituciones financieras.

Por mayoría de votos, el Tribunal declaró incidentalmente la constitucionalidad dada a la redacción del subinciso a) del inciso 1 del art. 102 de la Constitución federal de 1988, por la Enmienda Constitucional Nro. 3/93, la que repele los argumentos acerca de que el instituto en cuestión infringía las garantías del proceso contradictorio, de la amplia defensa, del debido proceso legal y del principio de separación de poderes. En atención a ello, decidió adoptar para la acción declaratoria de constitucionalidad, hasta que fuera dictada la ley específica que la reglamente, las directivas dadas por el Tribunal en esta acción.

Así, dejadas en claro las reglas de juego, el Supremo Tribunal Federal juzgó procedente la acción y declaró, con los efectos vinculantes previstos en el punto 2° del art. 102 de la Constitución federal, en la redacción de la Enmienda Constitucional Nro. 3/93, la constitucionalidad de los arts. 1, 2 y 10; de la expresión “[l]a contribución social sobre la facturación de que trata esta ley complementaria no extingue las actuales fuentes de financiamiento de la Seguridad Social”³³ (art. 9); y de la expresión “[e]sta ley complementaria entra en vigor en la fecha de su publicación, produciendo efectos a partir del primer día del mes siguiente a los noventa días posteriores, de esa publicación (...)”³⁴ (art. 13); todos contenidos en la Ley complementaria Nro. 70 del 30/12/1991 (Acuerdo: 16/06/1995).

IV. Conclusiones

De acuerdo al análisis del funcionamiento del instituto de la acción declaratoria de constitucionalidad, desde su origen en 1993 hasta la actualidad, vemos que no resulta una práctica procesal cotidiana ante el Supremo Tribunal Federal.

El pequeño grupo de legitimados se amplió por la Enmienda Constitucional Nro. 45/2004, y, a partir de allí, es notorio el incremento de acciones declaratorias de inconstitucionalidad. Sin embargo, resulta aún difícil llegar a una conclusión sobre la verdadera eficacia del instituto.

No obstante, es importante resaltar que la función de la acción declaratoria de

³³ Traducción propia. Texto original: “[a] contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social”.

³⁴ Traducción propia. Texto original: “[e]sta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores, àquela publicação”.

constitucionalidad de transformar la presunción relativa de constitucionalidad en presunción absoluta, en virtud de sus efectos vinculantes,³⁵ permite deducir su finalidad fundamental. Esta es la de eliminar el estado de inseguridad jurídica debido a la falta de certeza sobre la validez de una ley, ocasionada por las reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad de esa norma por parte de los tribunales encargados del control difuso de constitucionalidad.

Los interrogantes planteados en relación con la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes o con la posible violación al principio constitucional de división de poderes quedan zanjados a partir de dos consideraciones. En primer lugar, que algunos de los legitimados a iniciar esta acción son los integrantes de los otros dos poderes del Estado (ejecutivo y legislativo). En segundo lugar, que, lejos de restar importancia a la tarea legislativa o quitar presunción de constitucionalidad o efectiva validez a una ley, lo que busca este instituto es coartar la sucesiva declaración de inconstitucionalidad de esta, es decir, ejercer un control de constitucionalidad concentrado sobre el difuso. En otras palabras, en caso de pronunciarse el Máximo Tribunal brasileño de manera favorable y declarar la constitucionalidad de una determinada ley, convalida y le brinda un escudo de constitucionalidad a la norma contra las interpretaciones de los tribunales que ejercen el control difuso. En consecuencia, se otorga jerarquía al poder legislativo, que será el único, en ese caso, que podrá dejar sin efecto la norma en cuestión.

Sin embargo, advertimos, por una parte, que tanto el control difuso de constitucionalidad como la limitación de declarar la invalidez de una norma podría generar inseguridad jurídica cuando el caso particular comienza a multiplicarse en procesos en serie. Por otra parte, estas situaciones se desarrollan en sistemas político-jurídicos en los que la Constitución posee una autoridad tal que resta poder a la ley que, si bien es emanada del órgano competente (con facultades atribuidas por la propia Constitución), es posible de ser dejada sin efecto o anulada por un juez o tribunal, incluso local. Esta autoridad absoluta de la ley se ve disminuida por la misma norma fundamental que le da encuadre. En consecuencia, una de las críticas a la evolución de los constitucionalismos es que, al restar poder a la ley, se debilita el papel del Parlamento en

³⁵ Alexandre De Moraes, *Direito Constitucional*, p. 771.

el orden político.³⁶

Para finalizar, agregaremos que, sin perjuicio de la eficacia de los institutos creados para restablecer la seguridad jurídica en los sistemas políticos en los que la incertidumbre parecería ser la regla, resaltamos que el papel de la ley, expresión de la voluntad popular, es el fruto de las libertades y el pluralismo, consagrados en las mismas constituciones federales. Asimismo, esta tiene por finalidad, además de regular conductas, establecer bases políticas y sociales.³⁷ Por lo que, en definitiva, y justamente como base de la estabilidad del sistema democrático, la seguridad jurídica debería procurarse como requisito *a priori* en el ámbito de creación de las leyes, el que debería ser jerarquizado con una producción cuidadosa y experta en relación con la redacción de las normas, con la exigencia de calidad de la ley. Calidad “que en un sentido amplio sería adecuación de la ley a las exigencias que para ella dispone la sociedad contemporánea”.³⁸

V. Bibliografía

Alencar Machado da Silva Cavalcante, Cecilia. “Ação declaratória de constitucionalidade. Uma análise do instituto no contexto do controle jurisdicional de constitucionalidade”. *Revista Jus Navigandi* 10, Nro. 785 (agosto de 2005): p. 6. Texto extraído de *Jus Navigandi*, Brasil. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7181>. Último acceso el 15/11/20.

Barbosa Moreira, José C. “El control judicial de constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo”. *Revista IUS ET VERITAS* 7, Nro. 13 (1996): pp. 137-142. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15565>. Último acceso el 15/11/20.

Bercholz, Jorge O. “La producción del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del Control de Constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado (1980-2011). Un estudio empírico-cuantitativo, con análisis cualitativo agregado, sobre el rol desempeñado por el Tribunal

³⁶ José Tudela Aranda, “Calidad y renovación del concepto de ley”. *Anuario Jurídico de La Rioja*, Nro. 6-7 (2000-2001): p. 116. Disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/ajr/article/view/776/672>. Último acceso el 2/3/21.

³⁷ Tudela Aranda, “Calidad y renovación del concepto de ley”, pp. 123 y 143.

³⁸ Tudela Aranda, “Calidad y renovación del concepto de ley”, p. 145.

- Constitucional en el sistema político-institucional de España”. Tesis de Doctorado Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.
- Bidart Campos, Germán J. “El Derecho Constitucional del Poder”. En *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II. Buenos Aires: Ediar, 1993.
- Bidart Campos, Germán J. *Manual de la constitución reformada*, t. I. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- Cárdenes, Agustín A. “Control de Constitucionalidad *A Posteriori* en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, Nro. 27 (julio-diciembre 2012). Disponible en: www.juridicas.unam.mx.
- Da Silva, José A. *El proceso Constitucional*. Disponible en: https://21a1fed3-a5d7-4caf-b452-9e89edcdff1b.filesusr.com/ugd/b3e57c_a3d8c2a6b9fb4204a271ce16dd7104a6.pdf.
- De Carvalho Neto, Inacio. *Ação Declaratória de Constitucionalidade à luz da lei 9.868/99*, 3.ª ed. revisada y actualizada. Curitiba: Juruá, 2006.
- De Moraes, Alexandre. *Direito Constitucional*, 23.ª ed. São Paulo: Atlas, 2008
- De Tocqueville, Alexis. *La democracia en América*. Disponible en: <https://mrcalicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>.
- Ferreira, Raúl G. *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Figueiredo, Marcelo. “Una visión del control de constitucionalidad en Brasil”. *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* 41 (2006). Disponible en: <https://docm.jccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=Revista41.pdf&tipo=rutaRevistas>.
- Figueiredo, Marcelo. “La evolución político-constitucional de Brasil”. *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nro. 2 (2008): pp. 109-246. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100008&lang=es.

García de Enterría, Eduardo. “Del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectivas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 1 (1981).

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.

García de Enterría, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4.^a ed. Madrid: Civitas, 2011.

García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/>.

Salvadores de Arzuaga, Carlos I. *Los Controles Institucionales en la Constitución Argentina 1853-1994*, Buenos Aires: La Ley, 1999.

Tudela Aranda, José. “Calidad y renovación del concepto de ley”. *Anuario Jurídico de La Rioja*, Nro. 6-7 (2000-2001). Disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/ajr/article/view/776/672>.