

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANACRÓNICA
INTERNACIONAL

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS:
ENERO-MAYO 2012ACTIVIDADES PREVISTAS:
JUNIO-DICIEMBRE 2012

CRÉDITOS

NOTA

**LA ACTUACIÓN DEL PARLAMENTO Y DEL PODER JUDICIAL
EN LA “ABSTRACTIVIZACIÓN” DEL CONTROL CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDAD BRASILEÑO****por Léo Brust**
Abogado

Es lugar común afirmar que como el objeto del control de constitucionalidad es precisamente la ley, que la justicia constitucional y el parlamento viven en permanente tensión. No son pocas las voces que se alzan contra lo que califican de indebida interferencia de los jueces en la labor del legislador, indagando sobre la legitimidad de un Tribunal Constitucional para anular total o parcialmente una ley aprobada democráticamente por la mayoría de los representantes del pueblo. Y cuando el Tribunal modifica el contenido normativo de un texto legal para volverlo conforme a la Constitución, haciendo uso de sentencias consideradas manipulativas (aditivas, reductoras o sustitutivas), queda la cuestión subyacente de saber hasta dónde puede llegar la justicia constitucional para “salvar” una ley. Evidentemente hay aquí una paradoja, porque si de un lado el intento de preservar la letra de la ley demuestra respeto por la labor del legislador, de otro, el hecho de que los jueces añadan, reduzcan o incluso sustituyan el contenido normativo del precepto (sin modificar el texto), es considerado por muchos una invasión de competencia, puesto que esta sería – o debería ser - una labor reservada al legislador positivo. Con todo, aun cuando utilizadas políticamente, tales tensiones no suponen un problema en sí mismos, pudiendo ser consideradas inherentes a la propia aplicación del principio de separación de poderes. Pero una cosa es cierta: nadie cede ni regala poder espontáneamente, al contrario, todos buscan ampliarlo.

Sin embargo, en Brasil está sucediendo un fenómeno que parece ir en contra de este cuasi dogma de la ciencia política y que conduce a otra especie de paradoja. Se trata del fenómeno conocido por “*abstractivización*” del control concreto de constitucionalidad, es decir, la debilitación del control concreto y el gradual establecimiento del control abstracto como el prioritario del sistema. Ocurre que desde hace más de medio siglo conviven en el país dos sistemas de control de constitucionalidad: el concentrado (abstracto), en cuyo ámbito algunos órganos y autoridades pueden interponer acciones de (in)constitucionalidad directamente en el Tribunal Supremo Federal – STF, que las decide con efectos generales; y el control difuso (concreto), que es realizado incidentalmente a los procesos judiciales ordinarios por todos los jueces y tribunales en todas las instancias. La eficacia de las decisiones del control concreto, sin embargo, se restringe a los litigantes involucrados en el proceso, es decir, sus efectos son tan solo *inter partes* aun cuando la decisión haya sido emitida por el propio STF. Nada que ver, por lo tanto, con lo que ocurre en Italia, España u otros países europeos, en que el incidente de inconstitucionalidad solo puede ser enjuiciado por el Tribunal Constitucional y la decisión tiene efectos *erga omnes*. En el caso brasileño la decisión del STF solo pasará a tener efectos generales una vez que el Senado Federal emita una resolución con este objetivo. Esta exigencia, que tiene por fin disminuir la posibilidad de decisiones contradictorias, se remonta a la Constitución de 1934 y ha sido conservada por la actual Constitución de 1988. Es decir, el constituyente concede al poder legislativo la prerrogativa de decidir sobre la amplitud de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad emitida por el STF en el control concreto, que sólo tendrá efectos generales si así lo consiente el Senado Federal.

Sin entrar en el mérito de un eventual anacronismo de la necesidad de la resolución del Senado, puesto que la concesión de efectos *erga omnes* a la propia decisión del STF sería en principio más efectiva, la realidad es que está prevista en la Constitución y, por lo tanto, solo una eventual reforma podría atenuar sus efectos o eliminarla. A pesar

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANACRÓNICA
INTERNACIONAL

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS:
ENERO-MAYO 2012ACTIVIDADES PREVISTAS:
JUNIO-DICIEMBRE 2012

CRÉDITOS

de ello, la prerrogativa del Senado viene siendo vulnerada no solo por decisiones del STF - lo que sería comprensible dentro de la lógica de expansión de espacios de poder -, sino también por leyes del propio Congreso Nacional, que en Brasil es el órgano que reúne las dos cámaras legislativas (Cámara de los Diputados y Senado Federal). De modo que, paradójicamente, al poder legislativo brasileño no parece importarle la pérdida de poder que ello conlleva.

Pueden citarse como *abstractivistas* las modificaciones introducidas en el Código de Procedimiento Civil, permitiendo al juez relator (juez encargado de redactar y exponer a los demás jueces del tribunal los fundamentos de la cuestión sometida y, después de su enjuiciamiento, la sentencia) inadmitir el recurso al Tribunal estadual en oposición a la jurisprudencia dominante del STF o estimarlo, si la decisión recurrida estuviera en manifiesta oposición con la jurisprudencia dominante del STF. Ese poder decisorio conferido al juez relator ha sido utilizado en el STF incluso para conferir efecto vinculante a sus decisiones, con base en los fundamentos determinantes de ciertas decisiones de inconstitucionalidad del Pleno de mismo contenido, pero teniendo por objeto otras leyes producidas en diferentes Estados. Una práctica que llevó al expresidente del STF Gilmar Mendes a concluir que semejante orientación sólo sería posible si se admitiera que la decisión tomada por el Pleno está dotada de una eficacia trascendente, siendo, por eso, dispensable la manifestación del Senado Federal. La cuestión discutible tal vez debiera plantearse de otro modo: ¿estaría autorizado el relator del proceso - y, por lo tanto, el STF - para dotar de eficacia trascendente a una decisión del Pleno, a pesar de la exigencia constitucional de Resolución del Senado para lograr este efecto? O lo que es lo mismo: ¿los principios de la celeridad, economía y racionalidad procesal justifican que se ignore el art. 52 X CFB? Otra modificación en el Código de Procedimiento Civil, consolidó legalmente la jurisprudencia que poco a poco se había impuesto en los tribunales: la dispensa de deliberación por el Pleno de los tribunales, de la inconstitucionalidad sobre la cual estos o el Pleno del STF ya se habían manifestado previamente. La dispensa acaba concediendo verdadera eficacia *erga omnes* y efectos vinculantes a la decisión del STF en el control difuso de constitucionalidad, antes de la resolución del Senado Federal suspendiendo la ejecución de la ley y, en consecuencia, puede ser considerada otro indicio de la llamada tendencia a la *abstractivización* del control concreto.

En el mismo sentido puede entenderse la Enmienda Constitucional que hace más de un lustro implicó los cambios más notorios, como la *súmula vinculante* (art. 103-A CFB) y la exigencia de repercusión general para la admisión de Recurso Extraordinario (art. 103, § 3º CFB). La *súmula vinculante* contiene la posición definitiva del Tribunal sobre la materia constitucional controvertida, tras reiteradas decisiones en el mismo sentido, debiendo ser aprobada por dos tercios de los miembros del STF y su efecto es vinculante frente a los demás órganos del poder judicial y de la administración pública, en un sentido amplio, en las esferas federal, estadual y municipal. Aunque tengan origen en decisiones emitidas sobre casos concretos, las *súmulas vinculantes* intentan imponer una decisión *a priori* a casos concretos, que no necesariamente son idénticos. Esto lleva a que las partes se encuentren obligadas a intentar probar que el caso en cuestión se adecua o no a la *súmula*, *abstractivizando* aun más la forma de entender el control concreto. Además, al extender los efectos de las decisiones del STF, sin la participación del Senado Federal, contribuyen al fenómeno de la *abstractivización* del control concreto.

Tras la reforma, el recurso extraordinario - el más importante instrumento de uniformización de la jurisprudencia del STF en el ámbito del control difuso de constitucionalidad - solo puede ser admitido si el recurrente es capaz de demostrar que su contenido afecta a cuestiones relevantes desde un punto de vista económico, político, social o jurídico, que sobrepasen los intereses subjetivos de la causa. La repercusión general

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CRÓNICA
INTERNACIONAL****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS:
ENERO-MAYO 2012****ACTIVIDADES PREVISTAS:
JUNIO-DICIEMBRE 2012****CRÉDITOS**

se presume siempre que el recurso impugne una decisión contraria a la jurisprudencia dominante del STF. La decisión que niega la existencia de repercusión general será válida frente a todos los recursos sobre materia idéntica, que serán inadmitidos de plano sin posibilidad de recurso. La prueba de la existencia de repercusión general, por tanto, se inscribe en el mismo contexto de medidas tendentes a impedir la llegada de cuestiones consideradas de menor trascendencia objetiva al STF, volviéndolo cada vez más en un verdadero Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la medida en que la decisión negativa sobre la existencia de repercusión general es motivo de inadmisión automática de todos los demás recursos basados en casos idénticos, no es posible negar que esta obligación de los recurrentes sea un nuevo instrumento concentrador de poderes en el STF. Por prescindir de las atribuciones del Senado Federal previstas en la Constitución, supone dar la razón a quienes denuncian una fuerte *abstractivización* del control concreto de constitucionalidad brasileño. Además, con esta ley el poder legislativo concede un poder inédito en las manos de los jueces del STF, superior incluso al proporcionado por la *súmula vinculante*. Mientras esta exige ocho votos para su aprobación y es el resultado de un considerable número de procesos con decisiones discordantes de los tribunales, la decisión sobre la repercusión general es el resultado de una única y sencilla decisión, pero que tendrá el poder de extenderse a una infinidad de procesos que tratan sobre el mismo asunto. No obstante, su aprobación depende tan solo de la mayoría absoluta de los magistrados (seis votos). Todo ello, con el beneplácito del parlamento.

Como se ha apuntado, los indicios de esta supuesta *abstractivización* del control concreto pueden encontrarse también en el ámbito judicial, independientemente de cualquier ley. Suelen citarse como paradigmáticas las decisiones, en Habeas Corpus, 82.959 (progresión de régimen para los encarcelados por crímenes considerados especialmente graves) y el Recurso Extraordinario 197.917 (estricta proporcionalidad entre el tamaño de la población y el número de concejales en los municipios). En ambos fallos el STF optó por dar trascendencia a los motivos determinantes, al margen de la resolución del Senado Federal. El STF está juzgando actualmente la Reclamación nº 4.335, elevada por un ciudadano disconforme con la decisión de un juez que se negó a aplicar a su pena la progresión del régimen establecida en el Habeas Corpus 82.959. El magistrado utilizó el fuerte y tradicional argumento de que la decisión de inconstitucionalidad del STF emitida en el control difuso tiene únicamente efectos *inter partes*, necesitando de la Resolución del Senado Federal para pasar a tener efectos *erga omnes*. Hasta el momento la Reclamación tiene dos votos en contra (Sepúlveda Pertence y Joaquim Barbosa) y dos estimatorios (Gilmar Mendes y Eros Grau). Estos últimos alegan fundamentalmente que el art. 52 X CFB ha sufrido una auténtica mutación constitucional, en función del cambio ocurrido en la realidad del control de constitucionalidad brasileño que han consolidado el control concentrado y sus decisiones con eficacia *erga omnes*, como el control prioritario del sistema. Otros factores - como la Enmienda Constitucional antes referida y las distintas modificaciones realizadas en el Código de Procedimiento Civil, que, como antes visto, imponen fundamentalmente una mayor trascendencia a las decisiones del STF en el control difuso (dispensa del *full bench*, *súmulas vinculantes* etc.) - son también invocadas, buscando probar que la concepción dominante sobre la separación de poderes ha cambiado totalmente, volviendo obsoleta la resolución del Senado Federal. Al fin y al cabo, entienden que la decisión en el control difuso ya tiene originariamente una eficacia general y que la función del Senado Federal en el proceso no es más que la de dar publicidad a la sentencia.

Otra decisión histórica ha sido la emitida en los *mandados de injunção* 670, 708 y 712 (falta de ley para el derecho de huelga de los funcionarios públicos civiles), en los cuales el STF dejó de lado su tradicional posición de limitarse a constatar la omisión del legislador, tomando para sí mismo la responsabilidad de establecer provisionalmente un desarrollo normativo del precepto constitucional, falto de desarrollo legal, para el

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO**

**NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CRÓNICA
INTERNACIONAL****AGENDA**

**ACTIVIDADES REALIZADAS:
ENERO-MAYO 2012****ACTIVIDADES PREVISTAS:
JUNIO-DICIEMBRE 2012**

CRÉDITOS

caso concreto (la llamada posición *concretista*) y, por si fuera poco, extenderla a todos los demás funcionarios públicos, como si se tratara de control concentrado, ignorando por completo la previsión constitucional que exigiría para ese efecto la resolución del Senado Federal.

Como vimos, al parlamento brasileño no parece que le importe demasiado la pérdida de poder que representa el virtual fin de la necesidad de que el Senado Federal emita una Resolución para que se amplíe para toda la sociedad los efectos de la declaración de inconstitucionalidad emitida por el STF en el ámbito del control concreto. Por lo contrario, su producción legislativa en los últimos años ha sido en el sentido de vulnerar esa previsión constitucional y transferir tal responsabilidad al poder judicial. El poder judicial, a su vez, hace tiempos que trabaja en ese sentido, tanto que jueces del STF ya defienden la tesis de la mutación constitucional del contenido del art. 52, X de la Constitución. De cualquier modo, si esta parece ser la posición consensual de jueces y de legisladores – no de la doctrina - es difícil entenderse porque no se suprime esa prerrogativa del Senado Federal a través de una enmienda a la Constitución. La transparencia y la seguridad jurídica saldrían revalorizadas. ■