

Alexandre Veronese (Brasil)*
Eduardo Manuel Val (Brasil)**
Enzo Bello (Brasil)***

Notas comparativas sobre las recientes reformas en el control de constitucionalidad en Chile, Argentina y Brasil

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo comparar el diseño institucional de los sistemas políticos de Chile, Argentina y Brasil, así como relatar el análisis de los casos ejemplares de las respectivas cortes constitucionales. El trabajo evolucionó desde un primer análisis teórico sobre el concepto de judicialización de la política hasta un análisis institucional. A partir de un marco teórico actualizado se definió la hipótesis central relacionada con la transición democrática en los tres países. El proceso de estabilización de las nuevas estructuras institucionales se produjo de forma distinta en cada país, de acuerdo con las marchas y contramarchas típicas de la vida política. Ese proceso de diferenciación contextual posee un panorama similar. Existe un creciente grado de autonomía en sus discursos jurídicos relacionado con la consolidación del Estado moderno en las tres naciones.

Palabras clave: control de constitucionalidad, reformas, judicialización de la política, comparación, Chile, Argentina, Brasil.

* Profesor adjunto de Teoría Social y del Derecho, Facultad de Derecho, Universidade de Brasília (UnB); asesor de ministro en el Superior Tribunal de Justiça (STJ). Doctor en Sociología (IESP/UERJ); máster en Sociología y Derecho (UFF). veronese@matrix.com.br.

** Profesor adjunto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidade Federal Fluminense (UFF). Doctor y máster en Ciencias Jurídicas (PUC-Rio). eduardval11@hotmail.com.

*** Profesor adjunto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidade Federal Fluminense (UFF). Doctor en Derecho (UERJ) y máster en Ciencias Jurídicas (PUC-Rio). Asesor del procurador general de la república. enzobello@gmail.com.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel beabsichtigt, den institutionellen Rahmen der politischen Systeme Chiles, Argentiniens und Brasiliens miteinander zu vergleichen und ausgewählte Fälle der drei Verfassungsgerichtshöfe vorzustellen. Ausgehend von einer einleitenden theoretischen Untersuchung zum Konzept der Verrechtlichung der Politik führt der Beitrag hin zu einer institutionellen Analyse. Auf der Grundlage eines aktuellen theoretischen Rahmens soll eine zentrale Hypothese zur Demokratisierung in den drei Ländern definiert werden. Entsprechend der für das politische Leben in ihnen kennzeichnenden Fort- und Rückschritte hat der Stabilisierungsprozess der neuen institutionellen Strukturen in jedem Land jeweils einen eigenständigen Verlauf genommen. Bei dem Prozess der kontextuellen Differenzierung ergibt sich ein ähnliches Bild. In Abhängigkeit von der Konsolidierung des modernen Staates in den drei Ländern gewinnt der juristische Diskurs zunehmend an Autonomie.

Schlagwörter: Verfassungskontrolle, Reformen, Verrechtlichung der Politik, Vergleich, Chile, Argentinien, Brasilien.

ABSTRACT

This paper compares the institutional design of the political systems of Chile, Argentina and Brazil and analyses sample key cases decided by their respective constitutional courts. We start with a theoretical analysis of the concept of judicialization of politics and conclude with an institutional analysis. Based on an updated theoretical framework, we define the main hypothesis regarding the transition to democracy in the three countries. The stabilization of the new institutional structures evolved differently in each country, in keeping with the constant changes of direction which are typical of politics. These different contexts have produced similar trends. There is an increasing degree of autonomy in the legal discourse of the three countries regarding the consolidation of the modern State.

Keywords: Constitutionality control, reforms, judicialization of politics, comparison, Chile, Argentina, Brazil.

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto comparar el diseño institucional de los sistemas políticos de Chile, Argentina y Brasil, así como relatar el análisis de los casos ejemplares de las respectivas cortes constitucionales. El trabajo evolucionó de un primer análisis teórico sobre el concepto de judicialización de la política hacia un análisis institucional. A partir de un marco teórico actualizado se definió la hipótesis central relacionada con la transición democrática en los tres países.¹ El proceso de estabiliza-

¹ Es posible obtener un panorama sobre el problema del “imperio del derecho” (*rule of law*) en Enrique Peruzzotti y Catalina Smulowitz (eds.), *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in*

ción de las nuevas estructuras institucionales se produjo de forma distinta en cada uno de ellos, y estuvo claramente relacionado con las marchas y contramarchas típicas de la vida política. Sin embargo, ese proceso de diferenciación contextual posee un panorama similar. Existe un creciente grado de autonomía en el discurso jurídico en los tres países.² Parte de los elementos de dicho discurso se atribuye a la historia política de los países, y puede relacionarse, sin duda, con la consolidación del Estado moderno en las tres naciones. De esta forma, los conceptos jurídicos sobre la conformación institucional del Estado encuentran límites diferentes, de acuerdo con la tradición jurídica de cada país.

Cuadro 1.
Anotaciones comparativas previas

	Similitud compartida	Diferencias específicas
Característica	Fortalecimiento del discurso jurídico con pretensión de autonomía con relación al sistema político.	La aceptación de la prevalencia de las decisiones judiciales sobre las resoluciones políticas y administrativas varía en cada país.
Consecuencia observable	Tendencia al aumento de las decisiones judiciales no alineadas al interés del objetivo, con la búsqueda de una fundamentación diferente para la decisión.	Existe una tensión constante entre: 1) una agenda "progresiva" de los juristas y 2) una reacción de los juristas y del propio sistema político.

Esta hipótesis queda todavía más clara si observamos las sentencias constitucionales que permiten, o no, cambios en las instituciones sociales y políticas. Las diferencias entre la reforma administrativa brasileña y la aplicada por los gobiernos de Raúl Alfonsín y Carlos Saúl Menem en Argentina pueden observarse en los debates judiciales sobre la constitucionalidad de las reformas. En el caso de Argentina, la hipótesis se refuerza debido a la evidencia de que el gobierno del presidente Menem modificó el texto constitucional para nombrar cuatro jueces más en la Suprema Corte de Justicia, que posee la función de control constitucional (*judicial review*). En el caso chileno, el fortalecimiento del poder judicial es una obra lenta y gradual; recién en 2005 hubo una sensible reforma

the New Latin American Democracies, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006. Una crítica bastante relevante es el concepto de *rule of law*. Para eso, cf. Tom Ginsburg y Tamir Moustafa, *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2008. En el mismo sentido, Anthony Pereira, *Political (in)justice: authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2005.

² Algunas críticas a ese discurso jurídico se fundamentan en la noción de que se trataría de una recolonización cultural. Cf. Ugo Mattei y Laura Nader, *Plunder: when the Rule of Law is illegal*, New York, Wiley-Blackwell, 2008. Otros autores construyeron un análisis de ese movimiento como una interconexión de conocimiento, con efectos prácticos, claro, pero sin un juicio de valor tan evidente. Cf. Yves Dezalay y Bryant Garth, *The internationalization of palace wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American states*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

judicial que permitió el surgimiento de un control represivo de constitucionalidad.³ Llevará todavía más tiempo hasta que se constituyan precedentes, lo que es comprensible debido a la tradición liberal, de cierta forma conservadora, de los magistrados chilenos.⁴

Existen fuertes evidencias en la literatura internacional sobre la permeabilidad de las teorías contemporáneas del derecho en el debate constitucional en América Latina. Así, la primera conclusión que puede extraerse es que el debate judicial se da bajo la influencia del acervo teórico extranjero para la resolución de conflictos políticos en el ámbito jurídico. Eso ocurre tanto en Brasil como en los demás países de América Latina. En una hipótesis más radical, un analista podría aducir que la interpretación judicial no es otra cosa que la mera legitimación discursiva de una decisión política, ausente de una consideración idealista.⁵ De esta forma, para no caer en esa equivocación, es importante entender el sustrato de la historia política reciente de los tres países para dimensionar la recepción de las fuentes teóricas en el nuevo contexto de transformación e innovación institucional.

2. Cuestiones teóricas preliminares

La primera cuestión relacionada con la investigación es tanto el acervo teórico, como se describió sucintamente en el punto anterior, como el problema metodológico. De esa forma, es posible pensar en el método de trabajo desarrollado a partir de tres pasos: 1) definición preliminar del contexto teórico, 2) descripción del diseño institucional existente en los tres sistemas comparados (análisis estático) y 3) evaluación comparada de casos cuya temática sea correlacionada (análisis dinámico).

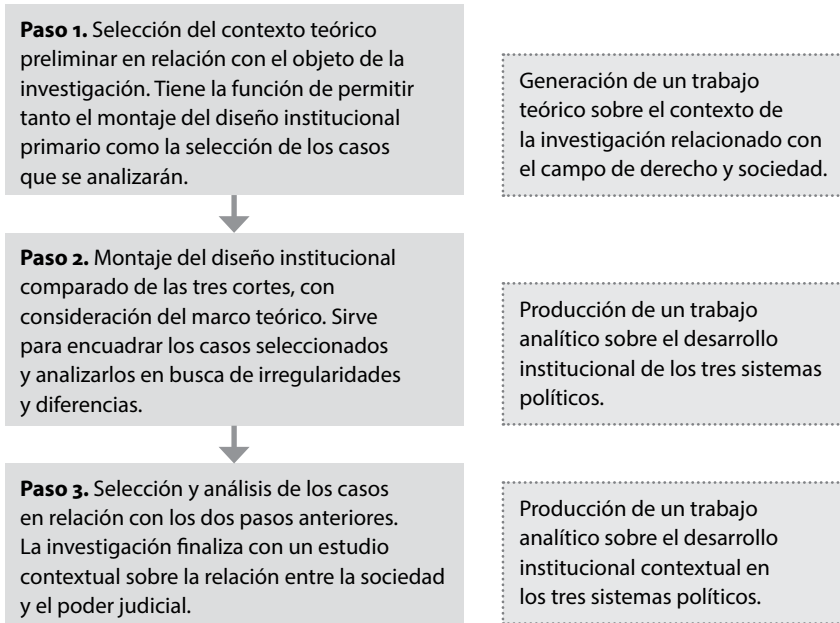
Realizada la primera parte del estudio, merece la pena destacar que los dos pasos posteriores fueron marcados por desafíos específicos. La primera parte se desarrolló sin dificultad, ya que la literatura internacional sobre judicialización de la política en

³ Una obra relevante que comenta esa reforma es la de Francisco Zúñiga Urbina (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005. Sin embargo, ese trabajo colectivo no incorpora un análisis crítico maduro porque fue redactado inmediatamente después de la aprobación de la mencionada reforma. Es posible observar una crítica enfática a la timidez de las alteraciones en el sistema judicial chileno en Lautaro Ríos Álvarez, “La jurisdicción constitucional en Chile: después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008, pp. 209-241.

⁴ Ese punto de vista es señalado por Fernando Atria Lemaitre, “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en Andrés Bordalí Salamanca (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2006, pp. 7-16. En el mismo sentido, pero prestando atención al contexto político más amplio y una nota comparativa con Estados Unidos, cf. Javier Couso, “The Judicialization of Chilean Politics: the rights revolution that never was”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, London, Palgrave, 2005.

⁵ Este punto de vista puede fundamentarse en la concepción del profesor Andrei Koerner (Unicamp). Dicha concepción se identifica profundamente con lo que se denomina “realismo jurídico” en la literatura de la teoría del derecho.

Figura 1.
Metodología de trabajo comparado en tres pasos



América Latina es bastante conocida en Brasil. Es más, es bastante debatida y fue absorbida, en parte, hasta en los diálogos públicos sobre el papel contemporáneo del poder judicial en el país.

El problema teórico más grave, que unifica y da sentido a la realización de un análisis comparativo, es la búsqueda para comprender cómo puede producirse una solidificación cultural del mundo jurídico separada de una consolidación política e institucional. Este es el tema que indica la hipótesis central de un trabajo comparado, o sea, lo orienta hacia

Figura 2.
Relación entre los condicionantes materiales y formales para la realización de los derechos



la verificación de procesos sociales de usos y prácticas jurídicas en los países analizados. Más allá de una mera compilación de textos constitucionales, con el diseño de mecanismos procesales, es importante reunir un segundo conjunto de estudios que pretenden evaluar esta utilización social de las instituciones. Así, se busca la comprensión, a partir de una literatura secundaria, de cómo los mecanismos institucionales se interpretan como derecho en acción. Dicho análisis, en los términos conceptuales de la bibliografía contemporánea, fue publicado y reseñado bajo el rótulo de “judicialización”.

Para realizar un análisis comparado de casos⁶ se pensó en una temática uniforme de localización. El objetivo central de la elección de la temática debe estar directamente relacionado con el momento de transición del sistema político. Así, la opción por un tema podrá contrastarse con la institucionalización material de garantías y derechos en los tres países. ¿Cuál derecho venía sufriendo restricciones y tiene una posibilidad de identificarse, en el continente sudamericano, con la liberalización política que marca el fin de las dictaduras? Hay dos opciones: (i) medidas de compensación a las víctimas del período dictatorial (indemnizaciones y amnistía), y (ii) fortalecimiento del derecho de manifestación (reunión y, en última instancia, protesta organizada). La primera intuición sería dirigirse a los sistemas de compensación. Sin embargo, esta solución ya se destaca en la literatura especialmente debido a la controversia sobre el peculiar sistema de indemnizaciones en el caso brasileño. Se prestó menos atención a las protestas sociales, que pueden considerarse un derecho político clásico en la visión liberal. Para conformar un “derecho de manifestación, reunión y protesta” es necesario combinar:

1. El derecho de organización política en entidades de la sociedad civil (libre asociación, por ejemplo; inexistencia de injerencia estatal en esas entidades, etc.); sin esos derechos combinados no es posible la existencia de entidades encargadas de animar la esfera pública con reivindicaciones.
2. El derecho de reunión y manifestación pacífica, del que están imbuidos los participantes de las manifestaciones para su acción reivindicativa.

Estos derechos pueden protegerse a través de medidas constitucionales. La diferencia práctica de su concreción estará directamente relacionada con la efectividad de dichos medios de protección en momentos de evidente tensión política. El período más rico del pasado reciente para encontrar casos es el momento de la implantación de cambios en los sistemas estatales de esos países: las reformas liberalizantes de carácter económico y social de la década de los noventa.

Lo que se postula es que el condicionante jurídico formal requiere la existencia de dos elementos de relevancia central: 1) medios de protección de acceso directo por parte

⁶ El estudio comparado tuvo la importante ayuda de Carles Boix y Susan C. Stokes (eds.), *The Oxford handbook of comparative politics*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Otra guía valiosa fue Keith E. Whittington, Daniel Kelemes y Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

de los ciudadanos, y 2) esfera de alta jerarquía (corte constitucional, por ejemplo) para corregir la acción de las instancias inferiores y velar por la aplicación directa de los derechos sustantivos. Estos dos elementos permiten, por tanto, que los derechos subjetivos de los individuos (organización, manifestación, etc.) sean practicados y protegidos contra la injerencia estatal.

El caso argentino es bastante interesante. Existe literatura sobre el derecho a la protesta social y sus últimas vertientes.⁷ Las manifestaciones políticas ocurridas en el período de las privatizaciones y de crisis económicas graves motivaron un debate jurídico sobre los sistemas de protección a los derechos individuales conducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

El tema del derecho a la protesta social también provocó debates en Chile. El país fue marcado por protestas de indígenas de la etnia mapuche, además de intensas manifestaciones del movimiento estudiantil. Vale indicar que existe la continuidad de la separación de una justicia militar, no sometida al sistema judicial general, lo que viene generando fuertes críticas por parte de entidades de la sociedad civil.

Existen en ambos países algunos intentos de construcción de medidas legislativas para posibilitar el fortalecimiento de remedios procesales que busquen hacer efectivos los derechos subjetivos a la protesta social. Esta solución deriva de las fallas institucionales en el sistema judicial en el sentido de proporcionar soluciones de protección claras. En el caso brasileño, un ejemplo evidente de instrumento jurídico de protección es el *habeas corpus*; otro medio de protección contra la injerencia estatal es el brasileño *mandado de segurança* (*writ of mandamus*). En ambos países existe la previsión del recurso de amparo para efectuar dicha protección. Sin embargo, el debate ya existente indica la necesidad del fortalecimiento y de la supervisión por parte de tribunales superiores.

El caso brasileño parece un buen contraste. El poco debate sobre el tema demuestra que hay condiciones para hacer efectivos los medios de protesta social por parte de las organizaciones de la sociedad civil. En Brasil existe incluso la institucionalización de tribunales superiores que funcionan como supervisores de la protección ofrecida por los tribunales inferiores y por las instancias en contacto directo con los ciudadanos.

3. El reciente modelo dual de control de constitucionalidad en Chile

El punto de partida de la institucionalización en Chile se produce con la Constitución de 1811, donde se proclama la independencia con respecto a la figura de Fernando VII. La mención puede entenderse como parte de una retórica que buscaba la separación política de la metrópoli, por un lado, pero al mismo tiempo era dependiente desde el

⁷ Se puede acceder a ese material en Centro de Estudios Legales y Sociales, *El Estado frente a la protesta social (1996-2002)*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2003; *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008.

punto de vista económico. La figura del monarca podría indicar esa transición. En realidad, no había estabilidad institucional en el país para definir reglas razonables para un nuevo juego político. Vale la pena recordar que en todos los territorios del dominio español se pensó una solución parecida a la de Brasil. Pero, por problemas específicos de la casa real de España, no fue posible producir un resultado final similar al portugués. Finalmente, los diversos territorios se desagregaron en soluciones locales para acomodarse política y económicamente al nuevo escenario poscolonial. El período entre 1810 y 1833 estuvo marcado por diversas cartas constitucionales y reorganizaciones. Recién en 1833 se firmó una carta republicana estable que perduró por noventa y dos años.

En Chile, la institucionalidad política se consolidó sobre una base fuertemente oligárquica. La Constitución de 1925 marcó el intento de ampliar el alcance de las reglas del juego político para incluir nuevos actores, aunque esto se hiciera de forma controlada. Este movimiento solo se interrumpió de forma abrupta con el golpe que depuso al presidente Allende, en 1973. El Gobierno militar produjo una nueva Carta constitucional, en 1980, que sigue vigente hasta el presente, aunque bastante reformada.

Las instituciones judiciales chilenas, a diferencia de lo que ocurrió en otros países, como Argentina, siempre gozaron de una independencia razonable. Era una situación similar, en cierta forma, a la de Brasil, a pesar de que su base fuera distinta. En Chile, los magistrados evitaban inmiscuirse en cuestiones consideradas como políticas. Esta acción reiterada terminó por consolidar en la comunidad jurídica una visión apartada de las instituciones legislativas en relación con la cotidianidad política. En este sentido, el papel histórico del Tribunal Constitucional chileno es ejemplar para la comprensión de este dilema.

El sentido común indica que un tribunal constitucional serviría, principalmente, para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Aún más, dicha defensa sería, principalmente, contra el Estado. Esto puede verse porque existe una polémica doctrinaria acerca de la posible extensión de los derechos fundamentales a los particulares. En Chile, el Tribunal fue recreado por la Ley de reforma constitucional 17.224, del 23 de enero de 1970, o sea, por medio de una reforma al texto de 1925. El 4 de septiembre de 1970 Salvador Allende fue elegido presidente. Un golpe militar lo depuso en 1973, instaurando una junta de gobierno. El 11 de septiembre de 1980 se aprobó, por medio de un plebiscito, una nueva constitución. Esta constitución recreó el Tribunal Constitucional con funciones similares al anterior. Norberto Lösing señala que el Tribunal Constitucional decidió poco en esos tres años. Fueron 17 sentencias hasta su disolución, el 5 de noviembre de 1973, en virtud de la Ley 119. Estas sentencias definieron conflictos de competencia entre el presidente y el Parlamento. Incluso el autor indica que dichas decisiones habitualmente no agradaban a ninguna de las partes.⁸

⁸ Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson / Konrad-Adenauer Stiftung, 2002, p. 281.

El Tribunal Constitucional nunca se entrometió en la interpretación constitucional de leyes o, incluso, en la defensa de derechos fundamentales. Compartía sus competencias con la Suprema Corte de Justicia y la Contraloría General del Estado. Esta última institución era, incluso, un órgano subordinado al Poder Ejecutivo. Una parte de sus ministros era designada directamente por el presidente y por el Consejo de Seguridad Nacional, que era un órgano consultivo de la Presidencia. Incluso los requisitos prácticos de investidura apartaban a todos los abogados que no actuaran en la jurisdicción de Santiago. También impedía la participación de gran parte de los abogados, ya que exigía que los elegibles tuvieran una actuación efectiva y previa en el propio tribunal.

La resolución se equilibró de forma dinámica con la cultura jurídica liberal del país, que repelía la separación del mundo del derecho con relación al devenir cotidiano de la política. De esta forma, no se necesitaron intervenciones radicales como las ocurridas en Argentina.

La República de Chile actualmente posee una constitución, otorgada en 1980, que fue objeto de una reforma constitucional mediante plebiscito, en 1989, en el conturbado fin del gobierno dictatorial comandado por el general Augusto Pinochet. En 2005, esta constitución tuvo una nueva enmienda cuyo aporte principal fue introducir una importante alteración en el sistema de control de constitucionalidad. Actualmente, la Carta constitucional chilena prevé el funcionamiento de un órgano judicial máximo (Corte Suprema), separado del Tribunal Constitucional, según su artículo 82:

Artículo 82. La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales.

Los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, solo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

Hasta 2005, el Tribunal Constitucional chileno efectuaba solamente el control de constitucionalidad previo, de forma claramente distinta con relación al modelo brasileño y argentino. Por tanto, la noción de *judicial review* no estaba presente en la estructura institucional chilena, que optó por un control de constitucionalidad durante el proceso de producción legislativa, próximo al modelo francés. Así, de acuerdo con la antigua redacción del artículo 83 de la Carta constitucional chilena, una vez declarada la constitucionalidad previa de una norma, la Corte estaba impedida de declarar su inaplicabilidad. En 2005 se introdujo una modificación que permitió a los litigantes recurrir al Tribunal Constitucional en caso de infracción de derechos fundamentales en cualquier declaración judicial. La constitución reformada permite también aducir inconstitucionalidad, en casos específicos, de modo directo, por medio de un requerimiento de órganos públicos de la república, como la Presidencia, el Ministerio Público o el Congreso nacional. Actualmente el diseño institucional chileno comienza a incorporar elementos de la

tradición del *judicial review* estadounidense, aproximándose de esta forma al modelo argentino y, especialmente, al brasileño.

4. La redemocratización en Argentina y el fortalecimiento inconcluso del Poder Judicial

El caso argentino es un poco más complejo. El mayor problema enfrentado por ese país no se revela únicamente por su arquitectura institucional. También fue marcado por la trayectoria del poder judicial y de su difícil relación con el sistema político, como indica Roberto Gargarella.⁹ A lo largo de la segunda mitad de siglo XX, la inestabilidad institucional de los otros poderes alcanzó directamente los órganos judiciales. De esa forma, la Suprema Corte de Justicia tuvo una alta rotación de ministros, ya sea por su propia exoneración o por su expurgación, siempre con un tono de adecuación al ambiente político.

El Poder Judicial nacional se organiza a partir de la Corte Suprema de Justicia. La función de control administrativo del Poder Judicial se realiza por medio de diversos consejos de justicia, incluso un consejo nacional. Sin embargo, no hay subordinación entre ellos, sino que el sistema es realmente federalizado. Los diversos tribunales provinciales poseen consejos similares a los del consejo nacional, lo que no fortalece su Suprema Corte, como en el caso brasileño.¹⁰ En términos institucionales, la Constitución de la República Argentina fija el funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia señalándola como el vértice del Poder Judicial, en virtud del artículo 108: “El poder judicial de la nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la nación”.

La Constitución argentina también dispone sobre las competencias organizativas formales del Poder Judicial, entre las cuales se encuentra la inmovilidad salarial y una ambigua fijación de estabilidad. El rito de nombramiento presenta una formalidad de juramento al presidente de la república que podría considerarse como bastante simbólica de las dificultades reales de fortalecimiento del Poder Judicial en ese país, como puede verse en el artículo 112.

Art. 112. En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del presidente de la nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo

⁹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Espasa Calpe/Ariel, 1996. Cf. también Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis / Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, 2007.

¹⁰ Esa distinción fue diagnosticada, aunque de forma general, en Alexandre Veronese y Eduardo Manuel Val, “Notas comparativas acerca dos Conselhos Nacionais de Justiça do Brasil e da Argentina”, *Revista de Ciências Sociais (UGF)*, núm. 1, vol. 14, 2008, pp. 7-23.

que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

Las competencias del Poder Judicial argentino son fijadas de forma amplia por el artículo 116, que debe entenderse en conjunto con el artículo 31 de la Carta constitucional argentina, que fija expresamente el concepto de supremacía de la Constitución:¹¹

Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Incluso la propia noción de control de constitucionalidad de las leyes, de forma general, solo puede comprenderse a partir del concepto de supremacía constitucional. Es más, el constitucionalismo moderno implica esa concepción.¹² Una curiosidad relevante se refiere al hecho de que las competencias del Poder Judicial argentino poseen reservas reconocidas constitucionalmente:

Art. 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75, y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

El texto constitucional pretendió trazar una línea clara entre lo que sería de la competencia decisoria del Poder Judicial como un todo (jurisdicción) y lo que quedaría reser-

¹¹ Del concepto de supremacía de la Constitución deriva la posibilidad de revisión judicial de las leyes, obviamente en el sentido represivo. Esa es la inspiración más evidente que el diseño institucional estadounidense aportó al marco constitucional argentino. Otras pruebas de esa influencia pueden verse en Manuel José García-Mansilla y Ricardo Ramírez Calvo, *Las fuentes de la Constitución Nacional: los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

¹² Una visión argentina sobre la estabilidad de su constitucionalismo puede encontrarse en Germán J. Bidart Campos, *La Constitución que dura (1853-2003/1994-2004)*, Buenos Aires, Ediar, 2004. Una visión chilena puede obtenerse en Humberto Nogueira Alcalá, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnica, 2006.

vado a la deliberación legislativa. El sentido evidente es indicar que el Poder Judicial no podría, derivado de sus decisiones, constituir nuevos derechos. Con relación al control de constitucionalidad¹³ se garantiza a cualquier persona la posibilidad de interposición de una acción de amparo¹⁴ para resguardar derechos previstos en la Carta Constitucional, en cualquier jurisdicción, según su artículo 43:

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Además de dicho mecanismo, existe una acción declarativa de inconstitucionalidad que sirve para, en el curso de un proceso, demandar la declaración de algún dispositivo de la Carta como inconstitucional. Antes, vale la pena verificar el funcionamiento del remedio constitucional, que tiene cierta semejanza con el *mandado de segurança* (*writ of mandamus*) brasileño.

El funcionamiento procesal de la acción de amparo es bastante controvertido desde el punto de vista doctrinario.¹⁵ Se trata de una acción directa y originaria dirigida a cualquier instancia judicial para la protección inmediata de un derecho fundamental amparado en la Constitución, lo que demuestra el carácter difuso del sistema. Es una acción excepcional porque puede utilizarse “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Entonces, solo debe adoptarse si no hay otro medio procesal más adecuado a la finalidad de protección intentada, de acuerdo con el principio de la subsidiariedad. La esencia procesal de la polémica doctrinaria está relacionada con su autonomía con relación con los demás medios procesales. La Suprema Corte de Justicia adoptó algunas decisiones en el pasado que definieron el amparo como un proceso subsidiario, o sea, como dependiente de otro proceso administrativo o judicial. Esa visión fue reformulada posteriormente, en un contexto de ampliación de los medios de protección judicial de los derechos. Para Maximiliano Toricelli, si esa opción prevaleciera, la medida se volvería totalmente ineficaz. Por tanto, admite su interposición originaria, incluso cuando está restringida a un caso concreto, con presupuestos rígidos de admisibilidad.¹⁶ Finalmen-

¹³ Es posible ver un panorama detallado del sistema en Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002. Cf. también Juan Vicente Sola, *Control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

¹⁴ Origen en Alemania: *Verfassungsbeschwerde*. Este instituto también es reconocido y adoptado en Colombia y en Ecuador.

¹⁵ Sobre ese debate doctrinario, cf. Toricelli, *op. cit.*

¹⁶ Para un análisis de ese instrumento procesal, ver Claudia Beatriz Sbdar, *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.

te, cabe indicar que la acción de amparo ha sido efectiva para la protección directa de derechos fundamentales, en una reconstrucción pretoriana y doctrinaria del derecho constitucional de Argentina. Esa acción tiene algunas diferencias en relación con el *writ of habeas corpus* y otros medios procesales que poseen alcances de incidencia más limitados.

La otra opción procesal es la acción declarativa de inconstitucionalidad, que integra ese conjunto procesal más amplio, porque Argentina también tiene remedios como el hábeas data, oriundo de la reforma constitucional de 1994. Se debe recordar que el sistema argentino continúa siendo difuso y concreto. Debe existir una disputa sobre derechos subjetivos, de hecho. La distinción es que dicha acción declarativa ocurre en medio de un proceso judicial con el pedido de envío de los autos para decisión de la Suprema Corte de Justicia. La Corte deberá declarar, o no, la inconstitucionalidad de determinado dispositivo legal, pero solo con efectos circunscritos al caso en debate. Ese tipo de proceso conduce a dos debates de perfil estadounidense: *stare decisis* y la vinculación de las decisiones de la corte superior, y el problema de las cuestiones políticas, que quedarían fuera de la acción judicial (*judicial self-restraint*).

5. El sistema mixto de control de constitucionalidad en Brasil y sus recientes innovaciones

En el caso brasileño, en el diseño de la Constitución federal (CF) de 1988, la competencia para el control judicial de constitucionalidad se introdujo de forma doble. Esta competencia es tanto difusa –involucrando todas las jurisdicciones– como concentrada, atribuida a algunos actores políticos y sociales competentes para juzgar directamente acciones específicas ante el Supremo Tribunal Federal. El diseño institucional brasileño originó un sistema mixto de control judicial de constitucionalidad (solamente igual al de Portugal).

El texto constitucional detalla cuidadosamente los ritos procesales de control de constitucionalidad. Hay cuatro artículos, con diversos incisos, así como también distintas disposiciones conexas, dispersas en la Carta. También existe una regulación procesal de la materia.

Rige un sistema de fuerte autonomía que garantiza a los diversos tribunales del país la declaración incidental de inconstitucionalidad, de forma difusa. La supervisión administrativa y disciplinaria de los tribunales brasileños fue recientemente atribuida al Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por medio de la enmienda constitucional 45 (EC/45), del 30 de diciembre de 2004.

Existía el recelo de que este órgano pudiera disminuir la autonomía de los diversos tribunales e incluso de los magistrados. Un argumento federativo criticaba el establecimiento de un órgano nacional basado en la autonomía de los estados de la federación en relación con la Unión. Este argumento defendía el establecimiento de un modelo parecido al creado en Argentina, donde coexisten diversos consejos de justicia para las distintas jurisdicciones. Independientemente de los resultados de la supervisión administrativa

del CNJ, este fortaleció el papel político del Supremo Tribunal Federal por haber sido incluido en su estructura física.

5.1. La repercusión general de las cuestiones constitucionales como mecanismo de desahogo del Supremo Tribunal Federal

A pesar de que el Supremo Tribunal Federal (STF) tiene competencia para el ejercicio amplio del control constitucionalidad (CF, art. 102, I), su mayor demanda de fiscalización concreta de la constitucionalidad se encuentra en los casos referentes a su competencia de recursos (CF, art. 102, II y III), en gran parte compuesta por los recursos extraordinarios. Se trata de un canal de acceso al STF para cuestionar las decisiones judiciales que suscitan debate acerca de cuestiones constitucionales. Los casos en cuestión involucran a los tribunales inferiores que, en única o última instancia, hayan proferido decisiones colegiadas contrarias a la Constitución federal, declarando la inconstitucionalidad del tratado o ley federal o de actos normativos de gobierno local ante la Constitución federal (art. 102, III).

Este era el panorama constitucional precedente a la llegada de la enmienda constitucional 45 (EC/45), cuando se verificó un contingente demasiado numeroso de recursos estacionados en el STF que aguardaban para ser juzgados y, muchas veces, impedían que la Corte dedicase más tiempo a los procesos de control abstracto, de mayor impacto en la sociedad. La reforma del Poder Judicial implementada por medio de la EC/45 tuvo por objetivo descongestionar el sistema de recursos brasileño, de modo tal que se eliminara el exceso de procesos en los tribunales superiores, especialmente en el STF.¹⁷

Dos modificaciones fueron muy significativas en la disciplina del recurso extraordinario: (i) el agregado del inciso “d” al título III del artículo 102 de la CF, que desplazó la competencia del STJ al STF en cuanto a la apreciación de la decisión apelada que “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”,¹⁸ incluyendo “toda norma estadual e municipal, emanada do poder competente, coativa e de observância geral, como as leis, os decretos, os regulamentos etc.”;¹⁹ (ii) la introducción del párrafo tercero en el mismo artículo 102, que instituye el requisito de demostración de repercusión general de las cuestiones constitucionales para la admisión del recurso extraordinario por parte del STF.

El requisito de la “repercusión general” presentó, inicialmente, algunas complejidades en su utilización en la práctica. En teoría, la migración de procesos del STJ al STF representaría un anacronismo del nuevo sistema de recursos, pero a través del requisito

¹⁷ Sobre las alteraciones promovidas por la EC/45 en el procesamiento del recurso extraordinario puede consultarse Rodrigo Barioni, “O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral”, en Teresa Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005, pp. 721-734.

¹⁸ Se mantiene la competencia del STJ para juzgar el acto de gobierno local que contraría la ley federal (CF, art. 105, III).

¹⁹ José Eduardo Carreira Alvim, “Alguns aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004)”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 324.

de la repercusión general se hace posible filtrar los procesos encaminados a los tribunales superiores y, en consecuencia, eliminar el exceso de demandas que desde hace tanto tiempo obstaculiza el control difuso y concreto de la constitucionalidad por parte del STF.

La tensión entre la necesidad de racionalización de la actuación jurisdiccional y la disminución del acceso de aquellos que se encuentran dentro de la jurisdicción a la cúpula del sistema judicial es antigua. De cierta forma, podría establecerse un paralelo entre la implementación de la repercusión general y el rescate de la llamada “arguição de relevância” que, instituida por la enmienda constitucional 1/69 (EC 1/69), servía como filtro para la selección de los procesos que deberían ser examinados por el STF.

La expresión “repercusión general de las cuestiones constitucionales debatidas” asume la forma de concepto jurídico indeterminado, siendo que el constituyente derivado definió que su delimitación debería producirse por parte del legislador ordinario (“en los términos de la ley”), teniendo en cuenta la garantía del acceso a la justicia (CF, art. 5, XXXV).

El propio STF tiene la competencia para la verificación del cumplimiento del requisito de repercusión general en los recursos extraordinarios, observada la regla originaria del derecho germánico de los votos de, como mínimo, dos tercios de sus miembros para la no admisión del recurso.

Otra cuestión relevante es la de la obligatoriedad de fundamentación de las decisiones del STF que aseveran la no demostración de la repercusión general. Como la redacción del artículo 102, parágrafo 3º, es omisa en ese sentido, se debe aplicar sistemáticamente el artículo 93, IX a las decisiones denegatorias de admisibilidad del recurso extraordinario. Finalmente, “se por um lado existe a clara influência desse requisito servir ao STF como freio ao acesso de recursos, é também certo que não se pode aceitar o total arbítrio das suas decisões”.²⁰

La reglamentación del artículo 102, parágrafo 3º, de la CF se realizó a través de la Ley 11.418, de 2006, que introdujo en el Código de Proceso Civil los artículos 543-A y 543-B que, respectivamente, delimitan los contornos de la repercusión general y disponen sobre los casos de “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”. Además de esas normas infraconstitucionales, hay directrices infralegales en el estatuto interno y en resoluciones del STF.

Después de siete años de la promulgación de la EC/45, el STF realizó un estudio sobre los efectos del instrumento de la repercusión general en el periodo entre el segundo semestre de 2007 y el primer semestre de 2007. En líneas generales, las conclusiones apuntan hacia un resultado satisfactorio en términos de la reducción cuantitativa del acervo de procesos en el control difuso y concreto de la constitucionalidad.

Teniendo en cuenta la verificación realizada en el momento de la admisibilidad de los recursos extraordinarios, la repercusión general fue reconocida en 320 (68,52%) procesos, negada en 131 (28,05%) y se encuentran pendientes de análisis otros 16 (3,43%)

²⁰ Elvio Pereira Sartório y Flávio Cheim Jorge, “O recurso extraordinário e a demonstração de repercussão geral”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 187.

procesos. A partir de estas cifras es posible inferir que el análisis de la admisibilidad se realiza rápidamente (hay muy pocos casos que esperan definición) como forma de filtrar los casos cuyo mérito se analizará. Como dos tercios de los recursos extraordinarios sometidos al STF tuvieron prosecución en la Corte, esto demuestra que no hay una restricción exagerada en ese filtro.

La misma agilidad no se presenta en la etapa de examen del mérito de las causas que tuvieron la repercusión general reconocida, configurándose una inversión, en la misma medida, de dos tercios. Mientras 101 (31,56%) procesos ya tuvieron el mérito analizado, otros 219 (68,44%) se encuentran pendientes de juicio. De hecho, el filtro se implementó y cumple con sus propósitos, pero persiste la morosidad en la etapa procesal posterior (examen del mérito) de los recursos extraordinarios, *agravos* internos y *agravos* en recursos extraordinarios.²¹

Como consecuencia de la implementación del requisito de la repercusión general hubo una reducción drástica en el número de procesos recursales (recursos extraordinarios, *agravos* internos y *agravos* en recursos extraordinarios) distribuidos entre los ministros del STF: de 45.689 procesos en el primer semestre de 2011, se pasó a 14.313 procesos en el segundo semestre de 2011, lo que representa una reducción de 69%. Entre los procesos distribuidos se alcanzó un nivel de disminución de 56% en el acervo de recursos del STF debido a la devolución de 52.629 procesos, con base en el artículo 543-B del Código de Proceso Civil.

5.2. La *súmula vinculante* como instrumento de tipificación del derecho

La doctrina del efecto vinculante de las decisiones judiciales (*stare decisis*) tiene su origen en el derecho comparado (Estados Unidos, Alemania, Francia y Canadá) y simboliza la tendencia actual de interpenetración de los sistemas de la *common law* y la *civil law*. Mientras en los países adeptos a la *common law* se desarrollaron normas jurídicas, hasta entonces inexistentes, por la vía legislativa, en los países de *civil law* se adoptaron instrumentos de la otra tradición, tanto a través de la esfera legislativa (por ejemplo *class actions* y *astreintes*) como a través de las cortes constitucionales (sistema de juicio basado en los precedentes judiciales).

De esta forma se impone una redefinición del papel del poder judicial, así como también de los límites de su actuación, en medio de un proceso de cuestionamiento acerca del perfil más o menos activo (o activista) que deben asumir los tribunales en la actual coyuntura histórica del derecho.

La doctrina de los efectos vinculantes encuentra en Brasil raíces previas a su incorporación, en 2004, con la EC/45, en las *súmulas* del STF. La Ley 8.038/90 (art. 38) aportó el embrión de la *súmula vinculante* en la posibilidad de que el relator, en el STJ y en el STF,

²¹ El *agravo* es un recurso que puede interponerse contra las decisiones interlocutorias, es decir, aquellas que resuelven una controversia incidental suscitada durante un proceso.

decida de forma discrecional basado en *súmulas* de los respectivos tribunales. Posteriormente, la enmienda constitucional 03 de 1993 incluyó en el artículo 102, párrafo 2º de la Constitución, el efecto vinculante en las decisiones adoptadas en acción declarativa de constitucionalidad. La Ley 9.756/98 modificó el artículo 557 del Código de Proceso Civil a fin de atribuir poderes a los relatores para, en procesos civiles, juzgar recursos de forma discrecional basándose en *súmulas* y jurisprudencia consolidada de tribunales superiores. Finalmente, la Ley 9.868/99 (art. 28, párr. único) confirió a la acción directa de inconstitucionalidad los mismos efectos de las decisiones adoptadas en la acción declarativa de constitucionalidad.²²

En consonancia con la nueva normativa constitucional (art. 103-A y párrs.), existen siete requisitos (acumulativos) que deben cumplirse para la edición de *súmulas vinculantes* por parte del STF:²³ legitimidad,²⁴ quórum,²⁵ materia constitucional, decisiones reiteradas, controversia actual, situación de inseguridad jurídica y repetición significativa de procesos semejantes.

De acuerdo con el párrafo introductorio del artículo 103-A de la Constitución, se someten a la *súmula vinculante* todos los órganos del Poder Judicial (incluso el STF)²⁶ y

²² También están los casos de las leyes 9.469/97 (art. 4º) y 8.213/91 (art. 131), que instruyen la actuación de los servidores de la administración pública, del Instituto Nacional del Seguro Social (INSS) y de la Advocacia-Geral da União (AGU), respectivamente, en relación con las causas repetidas. Incluso antes del surgimiento de esas leyes, según la doctrina, el Poder Judicial ya ejercía un poder normativo en el ámbito de la justicia laboral desde mucho tiempo atrás. Ver Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier y José Miguel Garcia Medina, “Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 379. Incluso antes de la EC/45, el derecho brasileño ya admitía la existencia de *súmulas*, pero sin efectos vinculantes sobre los órganos de los poderes Judicial y Ejecutivo. Así, la *súmula* jamás fue sinónimo de vinculación obligatoria.

²³ Podría suscitarse la posibilidad de que el STJ edite *súmulas vinculantes*. A pesar de que ya exista un proyecto de enmienda a la Constitución que busca instituirlos a través del artículo 105-A, determinado sector doctrinario entiende que las *súmulas* de los STJ podrían tener efecto vinculante en lo que no sea incompatible con las *súmulas vinculantes* del *Supremo Tribunal Federal*. Cf. Gustavo Santana Nogueira, “Das súmulas vinculantes: uma primeira análise”, en Arruda Alvim Wambier *et ál.*, *op. cit.*, p. 278.

²⁴ Los requisitos en términos de legitimidad son: a) la aprobación de *súmulas vinculantes* cabe exclusivamente al STF; b) en cuanto a la proposición de requerimientos de elaboración de *súmulas vinculantes*, están legitimados el propio STF (*ex officio*), los legitimados para someter a juicio de acción directa de inconstitucionalidad (ADIN) o la acción declarativa de constitucionalidad (ADC) (CF, art. 103), y las personas y entidades que sean definidas por la ley (CF, cf. art. 103-A, par. 2º). El requerimiento para aprobación de *súmulas vinculantes* podrá ser formulado por el STF, por cualquiera de sus ministros, durante el curso del juicio o incluso por la vía administrativa, a través de la presentación de una petición que será examinada en el plenario. Además, se destaca la posibilidad de adopción del *amicus curiae* en el procedimiento administrativo de la edición de *súmulas vinculantes* (Santana Nogueira, *op. cit.*, p. 271).

²⁵ Se exige el voto de dos tercios de los miembros del STF (ocho ministros), quórum superior de deliberación en una ADIN.

²⁶ Para dejar de aplicar una *súmula vinculante*, el STF deberá cancelarla de acuerdo con la Ley 11.418/2006.

toda la administración pública²⁷ directa e indirecta, en el ejercicio de sus funciones típicas. Con el objetivo de instituir un mecanismo de obediencia a las *súmulas vinculantes*,²⁸ la enmienda constitucional 45 (EC/45) incluyó un párrafo 3º en el artículo 103-A, y sobre la utilización de la reclamación dispuso que podrá ser manejada –incluso en primer grado de jurisdicción– por las partes del proceso, por el Ministerio Público o por un tercero interesado. En la otra parte figurará como reclamado aquel que profiera una decisión o practique un acto administrativo contrario a la *súmula vinculante* del STF. Como la reclamación no es un recurso, no hay plazo para su ofrecimiento. El límite temporal máximo debería ser el de caso juzgado, pero con el reconocimiento de la *coisa julgada inconstitucional*, ya no se lo puede precisar anticipadamente. El procedimiento de la reclamación prevé la posibilidad de la concesión de una medida cautelar, fundamentada en el artículo 273 del Código de Proceso Civil y en el artículo 14 de la Ley 8.038/90. Con relación a los recursos, solamente se admite en sede de reclamación la proposición de apelación interna y apelaciones declarativas. La decisión sobre la reclamación no tendrá carácter vinculante y, sobre sus efectos, la doctrina destaca que: “Não caberá mais a reforma de decisão, e sim tão-somente a sua anulação, devolvendo o STF a competência para o juiz de direito decidir conforme a súmula”.²⁹

El sector de la doctrina favorable a la adopción de las *súmulas vinculantes* en Brasil argumenta que la mayor prueba de que estas no paralizarían el derecho es la previsión constitucional de la posibilidad de su revisión y de su cancelación. Tales medidas podrán ser solicitadas por los mismos legitimados para la proposición de acciones directas de inconstitucionalidad (ADIN) y acciones declarativas de constitucionalidad (ADC) (CF, art. 103), con apertura para una ampliación activa a través de una futura ley ordinaria.

Al considerar la demanda por la agilización del trámite de procesos en las instancias inferiores del Poder Judicial y la reducción de la cantidad de demandas llevadas a los tribunales superiores, se presenta una serie de fundamentos jurídicos y pragmáticos en el sentido de la validez y de la utilidad de la adopción de las *súmulas vinculantes* en Brasil:

i) Principio de la eficiencia: la *súmula* de efectos vinculantes es una necesidad ante la “jurisdicción masiva” –caracterizada por el exceso de procesos sobre cuestiones idénticas– y se combina con la tendencia de unificación y uniformización de la jurisprudencia en Brasil.

ii) Principio de isonomía: con la vinculación de los jueces que actúan de forma discrecional y los tribunales inferiores a las *súmulas* del STF, se garantiza la

²⁷ De este modo, muchas cuestiones muy repetidas, como causas que involucran debates sobre el Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ya no llegarán a ser apreciadas por el Poder Judicial para ser dirimidas.

²⁸ Considerando que la violación de las *súmulas vinculantes* también podría ocurrir por omisión, quedó abierta la disposición sobre la respuesta del STF: ¿la Corte podrá ordenar la práctica del acto comisivo?

²⁹ Santana Nogueira, *op. cit.*, p. 279.

igualdad de tratamiento en el juicio y en las decisiones de causas idénticas por juicios diferentes.³⁰

iii) Principio de seguridad jurídica: las *súmulas vinculantes* aseguran una estabilidad en las relaciones sociales a través de la garantía de previsibilidad y de imparcialidad de las decisiones sobre materias de gran repercusión socioeconómica.

iv) Principio democrático: paradójicamente, el efecto vinculante refuerza el principio de la mayoría y preserva la separación de poderes, pues el poder vinculante es autolimitador del poder normativo de los tribunales, que impide que el Poder Judicial decida de formas diferentes en casos semejantes.³¹

v) El aforismo “quien puede lo más, puede lo menos”: teniendo en cuenta que la propia Constitución prevé y admite la atribución de efectos vinculantes a las decisiones del STF en control abstracto de constitucionalidad (ADIN, ADC y ADPF), no habría motivos para que una decisión adoptada en un juicio de recurso extraordinario no pueda vincular.

vi) No hay violación del principio de la independencia de los magistrados, ya que los jueces que actúan discrecionalmente siempre podrán refutar la aplicación de la *súmula vinculante* cuando entiendan que el caso tiene una peculiaridad y no motiva su aplicación.

vii) La *súmula vinculante* no paraliza el funcionamiento del Poder Judicial, sino que mantiene el derecho vivo, ya que no vincula a quien la formula (STF) y permite su cancelación a través del *overruling*.

viii) El STF ya admite la vinculación por los fundamentos de decisiones anteriores a través de la teoría de los motivos determinantes.³²

Hasta agosto de 2011, el plenario del STF había editado 32 *súmulas vinculantes* que abordaban los temas más variados. Las que tuvieron mayor repercusión en los medios de comunicación fueron las *súmulas* 11 y 13 que tratan, respectivamente, sobre el uso de esposas y la prohibición del nepotismo en el servicio público:

Súmula vinculante 11: solo es lícito el uso de esposas en casos de resistencia y de recelo fundado de fuga o de peligro a la integridad física propia o ajena, por parte del preso o de terceros, justificada por la excepcionalidad por escrito, bajo pena de responsabilidad disciplinaria, civil o penal del agente o de la autoridad y de nulidad de la prisión o del acto procesal al que se refiere, sin perjuicio de la responsabilidad civil del Estado.

³⁰ Los procesos relacionados con materias de derecho previsional y tributario presentan los mayores índices de repetición de causas idénticas o semejantes. Cf. Arruda Alvim Wambier, Rodrigues Wambier y Garcia Medina, *op. cit.*, p. 385.

³¹ Celso de Albuquerque Silva, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 135 y ss.

³² Cf. Informativo núm. 379 del STF.

Súmula vinculante 13: el nombramiento de un cónyuge, compañero o pariente en línea directa, colateral o por afinidad, hasta tercer grado, inclusive, de la autoridad que lo nombre o del servidor de la misma persona jurídica investido en el cargo de dirección, jefatura o asesoramiento, para el ejercicio de un cargo temporario o de confianza o, incluso de función gratificada en la Administración Pública directa e indirecta en cualquiera de los poderes de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los Municipios, comprendido el ajuste mediante designaciones recíprocas, viola la Constitución Federal.

A pesar de ser bien vistas en su aspecto sustancial, pues están alineadas con los designios de la comunidad jurídica y de la sociedad en general, ambas generaron polémicas en la doctrina debido a su forma. Ya se argumentó que el STF habría actuado como legislador positivo, pues, basado en decisiones adoptadas en casos concretos, formuló enunciados amplios, abarcadores y abstractos, utilizando una técnica de tipificación similar a la del Legislativo.

Al contrario de lo que hizo en otras *súmulas vinculantes*, como en las 5, 17 y 25,³³ en las cuales sucintamente se enunciaron posiciones consolidadas sobre materias jurídicas de naturaleza técnica, el STF procedió en aquellos dos casos a una innovación normativa de perfil legislativo. De esta forma, a pesar de sus diversos beneficios mencionados, se verifica que el instituto de las *súmulas vinculantes* debe tener su utilización calibrada en términos de separación de poderes y legitimidad democrática, de modo que el Poder Judicial no ejerza la actividad legislativa bajo el manto de la interpretación constitucional.

6. Conclusiones: comparación de los sistemas de control de constitucionalidad en los tres países

Es importante destacar que las constituciones argentina y chilena son exiguas en cuanto a la cantidad de dispositivos específicos sobre la protección de los derechos fundamentales. En el caso argentino, ese problema ha sido superado, hace mucho tiempo, por una solución nuevamente inspirada en el caso estadounidense: los poderes implícitos.³⁴ La Constitución brasileña es, ciertamente, más detallada que la chilena y la

³³ *Súmula Vinculante* núm. 5: la falta de defensa técnica por un abogado en el proceso administrativo disciplinario no ofende la Constitución.

Súmula Vinculante 17: durante el período previsto en el párrafo 1º del artículo 100 de la Constitución, no inciden intereses por mora sobre los *precatórios* (títulos de requisición de pago al erario) que se paguen.

Súmula Vinculante 25: es ilícita la prisión civil de depositario infiel, cualquiera que sea la modalidad del depósito.

³⁴ La doctrina de los poderes implícitos sirve para que se puedan definir las prerrogativas y las competencias de los espacios estatales con más amplitud. Está directamente relacionada con el tema de la localización de los poderes estatales no declarados formalmente, pero que deben ser

argentina. De esta forma, los poderes legislativos de esos dos países tienen la tarea de producir las disposiciones legales que efectivamente oriente el funcionamiento de sus instituciones políticas en forma de legislación infraconstitucional. En los tres países existe la preocupación por el grado de intervención y por la autonomía de las cortes constitucionales en relación con los poderes ejecutivo y legislativo. El recelo de la autonomía se fundamenta en el proceso de nombramiento de los magistrados. Los tres diseños institucionales pueden sintetizarse en el cuadro 2.

Cuadro 2.

Comparación entre los sistemas de control de constitucionalidad en los tres países

Característica	Argentina	Brasil	Chile
¿Existe una separación estricta entre los poderes judicial y legislativo?	Sí	Sí	No existía. Hoy existe.
¿Existe una separación de la jefatura del poder judicial con relación al tribunal constitucional?	No	No	Sí
¿Existe una separación estricta entre el control administrativo y disciplinario de la cúpula del conjunto del poder judicial?	Sí	No	Sí
¿Existe control judicial de constitucionalidad previo, abstracto y concentrado?	No	No	Sí
¿Existe control judicial de constitucionalidad posterior, abstracto y concentrado?	No	Sí (ADC, ADIN y ADPF).	No
¿Existe control judicial de constitucionalidad posterior, concreto y difuso?	Sí (acción de amparo).	Sí, en las vías ordinarias.	No
¿Existe control de constitucionalidad posterior, concreto e incidental (con efectos <i>inter pares</i>)?	Sí (acción declarativa).	Sí (recurso extraordinario) + ADPF.	Sí
Fecha del texto constitucional.	1853 (1994)	1988	1980 (2005)

A partir de la caracterización de los tres modelos institucionales de las reformas constitucionales realizadas en Chile, Argentina y Brasil, se manifiesta un diagnóstico general que señala la existencia de una idea fuerza: el control de constitucionalidad se fortalece paulatinamente y, con esto, el poder judicial asume un papel de relevancia en las jóvenes democracias latinoamericanas, al contrario de lo que ocurrió durante el período de las dictaduras militares, cuando fue extremadamente vaciado y cercenado por el Ejecutivo.

En particular, es posible afirmar cierta tendencia a enfatizar el control concentrado de la constitucionalidad, lo que denota una preocupación por la estabilidad y la uniformización del derecho como forma de asegurar un equilibrio entre las libertades democrá-

reconocidos y protegidos. Para conocer una visión argentina sobre el tema, cf. Carlos S. Fayt, *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

ticas y el poder de imperio del Estado. Los tres países estudiados adoptaron una solución institucional para la transición democrática que se ha revelado conservadora en tiempos de transformaciones sociales. Al conferirse, a veces, más atención a los tribunales que a las instancias representativas, se termina por desvalorizar la política como espacio de transformación social.

Los límites de ese institucionalismo vienen presentándose de forma más clara en Chile y Argentina, donde es común la realización de manifestaciones y protestas en las calles, mientras en Brasil no existe una cultura de manifestaciones públicas constantes. A mediados del año 2011 se realizó en Chile la “segunda revolución pingüina”,³⁵ un movimiento nacional de movilización de los estudiantes secundarios por la ampliación del número de becas y la mejora de las condiciones de enseñanza del país. En Argentina, por su parte, persiste una dinámica ya tradicional de movilización política y social permanente, representada por organizaciones sociales que realizan reivindicaciones frente al Estado. La turbulencia social generada por la falta de efectividad de las normas constitucionales siempre demanda una respuesta por parte del Estado. Frente a los dilemas democráticos forjados a lo largo de las últimas décadas, se hizo necesaria la creación de nuevos canales para contener las presiones sociales.

En el caso de Brasil, el poder constituyente optó por mecanismos de contingencia en términos de democratización del acceso al ámbito del Poder Judicial y, más específicamente, de la jurisdicción constitucional. A diferencia de otros países de América Latina, que establecieron mecanismos de diálogo entre el poder judicial y la sociedad civil, en Brasil todavía subsiste un distanciamiento entre el Estado y la sociedad civil.

A pesar de que la Constitución brasileña de 1988 (art. 103) prevé un amplio rol de los legitimados para el acceso al control concentrado y abstracto de la constitucionalidad, hubo una gran prevalencia cuantitativa de las instituciones estatales en relación con las organizaciones de la sociedad civil. Como si no bastaran esas limitaciones impuestas por el poder constituyente (originario y derivado), el propio Supremo Tribunal Federal limita el ingreso en la jurisdicción constitucional a través de la creación, por la vía de la jurisprudencia, de mecanismos restrictivos como la “pertinencia temática”. Por otro lado, la vertiente de la “sociedad abierta de los intérpretes de la constitución” se muestra poco representativa en términos democráticos.

De cierta forma, es posible hablar de una jactancia exagerada de las instituciones. Así, se plantea una cuestión que merece atención por parte de los estudiosos de la jurisdicción constitucional en Brasil: ¿cómo conferir poder al pueblo por medio del proceso constitucional?

³⁵ El adjetivo “pingüina” se debe a los uniformes (saco y corbata) usados por los estudiantes de Chile.

Referencias

- ALCALÁ, Humberto Nogueira, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006.
- ALEGRE, Marcelo y Roberto GARGARELLA (coords.), *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis / Asociación Civil por La Igualdad y La Justicia, 2007.
- ÁLVAREZ, Lautaro Ríos, “La jurisdicción constitucional en Chile (después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental)”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en Andrés BORDALÍ SALAMANCA (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2006.
- BAZÁN, Víctor, “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia Argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008.
- BIDART CAMPOS, Germán, *La Constitución que dura (1853-2003/1994-2004)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- BOIX, Carles y Susan STOKES (eds.), *The Oxford handbook of comparative politics*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2ª. ed, Santiago, LexisNexis, 2007.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo, “Algunos aspectos dos recursos extraordinário e especial na reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004)”, en Teresa Arruda ALVIM WAMBIER et ál., *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *El Estado frente a la protesta social (1996-2002)*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2003.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008.
- COUSO, Javier, “The Judicialization of Chilean Politics: the Rights Revolution that never was”, en Rachel SIEDER, Line SCHJOLDEN y Alan ANGELL (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, London, Palgrave, 2005.
- DEZALAY, Yves y Bryant GARTH, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago, IL, University of Chicago Press, 2002.
- FAYT, Carlos S., *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- GARCÍA-MANSILLA, Manuel y Ricardo RAMÍREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional: los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Buenos Aires, Espasa Calpe / Ariel, 1996.
- GINSBURG, Tom y Tamir MOUSTAFA (eds.), *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *El nuevo tribunal constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*, Santiago, LexisNexis, 2006.
- LÖSING, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson / Konrad-Adenauer Stiftung, 2002.
- MATTEI, Ugo y Laura NADER, *Plunder: when the Rule of Law is illegal*, New York, Wiley-Blackwell, 2008.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnica, 2006.
- SANTANA NOGUEIRA, Gustavo, “Das súmulas vinculantes: uma primeira análise”, en Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, 2005.
- PEREIRA, Anthony, *Political (in)justice: authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2005.
- PERUZZOTTI, Enrique y Catalina SMULOWITZ (eds.), *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La jurisdicción constitucional en Chile: después de la reforma de 2005 de la Ley Fundamental”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Fundación Konrad-Adenauer, año 14, 2008.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2ª. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- FERREIRA SARTÓRIO, Elvio y Flávio CHEIM, “O recurso extraordinário e a demonstração de repercussão geral”, en Teresa Arruda ALVIM WAMBIER *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005.
- SBDAR, Claudia Beatriz, *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.
- SILVA, Celso de Albuquerque, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed. Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- TORICELLI, Maximiliano, *El sistema de control constitucional argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Luiz Rodrigues WAMBIER y José Miguel MEDINA GARCÍA, “Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC 45/2004”, en Teresa Arruda ALVIM, WAMBIER *et ál.*, *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, São Paulo, RT, 2005.
- WHITTINGTON, Keith E., Daniel KELEMES y Gregory CALDEIRA (ed.), *The Oxford handbook of law and politics*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ZÚNIGA URBINA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.

III. Democracia y Estado de Derecho

- Herbert Landau, Alemania
La democracia, el Estado de derecho y los derechos de participación ciudadana en atención a la realización de proyectos a gran escala
- María Gabriela Ábalos, Argentina
Democracia y función judicial. El activismo decisonal en la Corte Suprema de Justicia de la Argentina
- Alexander Espinoza, Venezuela
La competencia del Gobierno para emitir declaraciones públicas y la libertad de expresión de los funcionarios públicos. Alemania, Venezuela y el sistema interamericano de derechos humanos
- Alfonso Santiago, Argentina
El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada