

## EL PROCESO CONSTITUCIONAL<sup>1 2</sup>

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>(\*)</sup>

### Sumario

I. Definiciones terminológicas. II. Concepto de proceso constitucional. III. Naturaleza y objeto del proceso constitucional. IV. Presupuestos procesales. V. Juzgamiento y decisión. VI. Acción de constitucionalidad. VII. Conclusión.

### I. Definiciones terminológicas

El tema que me fue sugerido -el Proceso Constitucional- demanda aclaraciones iniciales para **eliminar** las dudas que su imprecisión denota, especialmente porque el término *proceso* es asociado a diversas situaciones constitucionales, tales como proceso constituyente o proceso de formación de la constitución, proceso legislativo, proceso de *impeachment*, derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal, etc. Frente a ello, la expresión *proceso constitucional*, para quien no convive con esta temática, bien podría dar la impresión de que sea genérica y **abarcar** de todas esas situaciones. No obstante, no es así y, ciertamente se podrá verificar que la expresión significa algo mucho más próximo del proceso de control de constitucionalidad, a la expresión que comúnmente se le asigna.

2. Podemos hacer, desde ya, una delimitación a partir de la idea de que la doctrina emplea la expresión *proceso constitucional* como instrumento jurisdiccional de solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales. **De este modo, no tendrá conexión alguna con el** proceso constituyente, el proceso de formación de la constitución, el proceso de constitucionalización o de reconstitucionalización, que son procesos políticos, no jurisdiccionales; ni tampoco, con el proceso de formación de las leyes, el proceso legislativo, que es el proceso parlamentario.

3. Esta delimitación, que ya nos da una primera noción del proceso constitucional, no es todavía suficiente para definir el contenido de la materia, pues, existe gran confusión doctrinaria **respecto** a las diversas expresiones que se utilizan para designar los medios de solución de los conflictos constitucionales, como observa uno de los principales estudiosos del tema, el profesor

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi publicado na obra BAZAN, Victor e tal. *Defensa de la Constitución: garantismo e controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 753-764.

<sup>2</sup> A versão em espanhol foi elaborada pelos professores, mestres em Ciências Penais, Daniel Raizman e Fernanda Freixinho.

<sup>(\*)</sup> Professor Titular na Faculdade de Direito da USP (Universidade de São Paulo). Procurador do Estado de São Paulo, aposentado.

<sup>(\*)</sup> Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la USP (Universidade de São Paulo). Procurador del Estado de São Paulo, jubilado.

mexicano Héctor Fix-Zamudio<sup>3</sup>. Basta recordar aquí aquellas expresiones que, de un modo más **restrictivo** o más amplio, tienen por objeto la misma temática, tales como: *control de constitucionalidad*, *jurisdicción constitucional*, *justicia constitucional*, *proceso constitucional* y *derecho procesal constitucional*.

4. Kelsen fue quien estableció las bases doctrinarias del proceso constitucional, **empero** sin emplear esta expresión. Así, utilizó expresiones diversas, tales como: *jurisdicción constitucional*, *control de constitucionalidad*, *garantías jurisdiccionales de la Constitución* y *justicia constitucional*<sup>4</sup>. Pero en este autor ya se encuentran algunas señas distintivas. En efecto, consideraba con igual sentido las expresiones *garantías jurisdiccionales de la Constitución* y *justicia constitucional*, que se referían a los medios técnicos destinados a asegurar el ejercicio regular de las funciones del Estado, y destacaba la *jurisdicción constitucional* y el *procedimiento de control de constitucionalidad* como los medios técnicos de realización de la justicia constitucional. **No obstante**, entendía que el control de constitucionalidad de las leyes representaba el objeto de la jurisdicción constitucional<sup>5</sup>. **De esta manera, no se refería en *proceso constitucional* al instrumento de la actuación de la jurisdicción constitucional; en tanto, se limitaba a relevar el procedimiento de control de constitucionalidad.**

---

<sup>3</sup> Cf. "La justicia constitucional reflexiones comparativas", trabalho apresentado nas 'Segundas Jornadas de Derecho Procesal Constitucional', Santiago do Chile, abril de 1991, publicado em *La Revista de Derecho*, Julio-Diciembre, 1990 (*sic*), V. 2.

Cf. "La justicia constitucional reflexiones comparativas", trabajo presentado en las 'Segundas Jornadas de Derecho Procesal Constitucional', Santiago de Chile, abril de 1991, publicado en *La Revista de Derecho*, Julio-Diciembre, 1990 (*sic*), V. 2.

<sup>4</sup> Cf. *La Giustizia Costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1981, volume que reúne vários ensaios do autor sobre o tema.

Cf. *La Giustizia Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, volumen que reúne varios ensayos del autor sobre el tema.

<sup>5</sup> Nesse sentido é o conceito de jurisdição constitucional de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO: "A Jurisdição Constitucional é tomada, assim, no sentido de atividade jurisdicional que tem como objetivo, verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade" (Cf. *Processo Constitucional*, Belo Horizonte, 1981, p. 118, citando HÉCTOR GROS ESPIELL, "La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., N° 35, mai.-ag., 1979, p. 433).

En este sentido es el concepto de jurisdicción constitucional de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO: "*La jurisdicción Constitucional es tomada, así en el sentido de actividad jurisdiccional que tiene como objetivo, verificar la concordancia de las normas de jerarquía inferior, leyes y actos administrativos, con la Constitución, desde que violaron las formas impuestas por el texto constitucional o están en contradicción con el precepto de la Constitución, por lo que los órganos competentes deben declarar su inconstitucionalidad y consecuente inaplicabilidad*" (Cf. *Processo Constitucional*, Belo Horizonte, 1981, p. 118, citando HÉCTOR GROS ESPIELL, "La Jurisdicción Constitucional en el Uruguay", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., N° 35, mayo-agosto, 1979, p. 433).

5. Hoy sabemos que el objeto de la jurisdicción constitucional es mas amplio, pues comprende toda acción de los tribunales judiciales destinada a asegurar la observancia de las normas constitucionales, mediante la solución de los conflictos: a) entre el Estado e individuos y/o grupos, que reclamen la violación de derechos fundamentales; b) entre norma infraconstitucional y la Constitución; c) entre los órganos del gobierno; d) entre entidades **intraestatales** autónomas<sup>6</sup>.

6. La *jurisdicción constitucional* aparece aquí en un sentido amplio. *Justicia constitucional* es, también, una expresión muy usada. En Kelsen encontramos un sentido de *justicia judicial*, o sea, justicia realizada por órganos jurisdiccionales. Pero la doctrina, más reciente, viene utilizando un concepto extenso de justicia constitucional que comprende no sólo los instrumentos de carácter estrictamente jurisdiccional, sino también algunos de carácter político o de naturaleza **parajudicial**<sup>7</sup>, como el proceso del *impeachment*. Por esa razón es que Fix-Zamudio escribe que el concepto de derecho procesal constitucional "*se impone con firmeza para comprender el análisis de todos los medios de resolución de controversias de carácter constitucional y de tutela de derechos fundamentales, aún cuando no sean estrictamente procesales, como ocurre, por ejemplo con el Ombudsman*"<sup>8</sup>.

7. *Derecho procesal constitucional* es correlato, pero no sinónimo, de la expresión *proceso constitucional*. La primera expresión es preferida por Fix-Zamudio y Jesús González Pérez; la segunda, es muy empleada por Alessandro Pizzorusso, Giuseppe Volpe, Federico Sorrentino y Renato Moretti, en una obra sobre garantías constitucionales que tiene como objeto comentar los artículos 134 a 137 de la Constitución italiana, que **se refieren** a la Corte Constitucional<sup>9</sup>. Entre nosotros, sobre la materia, se destaca la tesis de concurso del profesor José Alfredo de Oliveira Baracho, con la que obtuvo el cargo de profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais, justamente titulada *Proceso Constitucional*. Sin embargo, **en esos autores la expresión es tomada en un sentido más próximo de justicia constitucional, en lugar del sentido estricto de la ciencia del derecho procesal.**

8. Llegamos así al concepto de *derecho procesal constitucional "como la disciplina jurídica que se ocupa del estudio del conjunto de instrumentos normativos por medio de los cuales pueden*

---

<sup>6</sup> Cf. nosso "Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Laatina", texto escrito para servir de informe ao 'II Colóquio de Direito Constitucional', realizado em Sochagota, Colômbia, em novembro de 1977, publicado na *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Nº 13/15, pp. 105 e ss.

Cf. nuestro "*Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Laatina*", texto escrito para servir de informe al 'II Coloquio de Derecho Constitucional', realizado em Sochagota, Colombia, en noviembre de 1977, publicado en la *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Nº 13/15, p. 105 y ss.

<sup>7</sup> Cf. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el Derecho Constitucional", p. 21, trabalho apresentado ao 'Seminário sobre Direito Constitucional', ralizado em Bogotá, Colômbia, entre 4 e 7 de maio de 1993.

Cf. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el Derecho Constitucional", p. 21, trabajo presentado al 'Seminario sobre Derecho Constitucional', realizado en Bogotá, Colombia, entre 4 y 7 de mayo de 1993.

<sup>8</sup> Idem, p. 21.

<sup>9</sup> Cf. *Garanzie Costituzionali*, Bolonha, Zanichelli Edit., 1981.

Cf. *Garanzie Costituzionali*, Boloña, Zanichelli Edit., 1981.

*ser resueltos los conflictos y reparadas las violaciones de los principios y disposiciones fundamentales*"<sup>10</sup>.

9. Conviene, hacer una última aclaración, necesaria para la comprensión del tema: no debe confundirse *derecho procesal constitucional* con *derecho constitucional procesal*. El primero -como se ha visto- es una disciplina de naturaleza procesal; el segundo, en cambio, es de naturaleza constitucional, puesto que "*se ocupa del estudio de las instituciones o categorías procesales establecidas por la Constitución*"<sup>11</sup>. Así, cuida las garantías constitucionales del proceso que comprenden materias tales como garantías de la acción, de la defensa, del contradictorio, de la cosa juzgada, del debido proceso legal; garantías de las partes; garantías de la magistratura y también de los fundamentos constitucionales de la jurisdicción, pero, cabe precisar, de la jurisdicción en cuanto actividad destinada a aplicar el derecho objetivo en la solución de conflictos de intereses, porque la jurisdicción, como una de las tres funciones básicas del Estado -que se contraponen a las funciones legislativa y ejecutiva-, es tema propio del derecho constitucional.

### I. Concepto de proceso constitucional

10. Se ubica en primer lugar la cuestión relativa al *concepto de proceso constitucional*, pero, en torno de la misma, emergen varias indagaciones, como por ejemplo, ¿existe un proceso constitucional? ¿Se confunde el proceso constitucional con el derecho procesal constitucional? Con respecto a esta última indagación, cabe adelantar que la correlación entre los dos conceptos está en el hecho de que *el derecho procesal constitucional es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional*.

11. Fue admitida la *existencia del proceso constitucional* cuando se observó que la jurisdicción constitucional se destina a asegurar la observancia de las normas constitucionales, para solucionar conflictos entre Estados e individuos, entre órganos del gobierno y entre actos normativos y la Constitución, y eso se realiza por medio de un *proceso jurisdiccional*. A veces se expresa también en un proceso político de solución de controversias constitucionales, es el caso del proceso de *impeachment*, o de la apreciación de la constitucionalidad de las leyes por órganos de naturaleza política. Pero aquí, el abordaje habrá de limitarse al proceso constitucional jurisdiccional. Si se concibiera el *proceso* en el sentido chiovendiano como *el complejo de actos coordinados al objetivo de actuar conforme la voluntad del derecho objetivo por parte de órganos jurisdiccionales*<sup>12</sup>, entonces parece indudable que exista un *proceso constitucional* como instrumento destinado a hacer valer la voluntad de las normas constitucionales. Si se lo entendiera en el sentido carnelutiano como *una operación mediante la cual se obtiene la composición de la litis*<sup>13</sup> -porque se puede cuestionar si

---

<sup>10</sup> Cf. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, trabajo citado na 5ª nota *supra*, pp. 21 e 22.

Cf. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *ob. cit.*, pp. 21 y 22.

<sup>11</sup> Cf. FIX-ZAMUDIO, trabajo citado *supra*, p. 30. Cf. también a excelente monografía de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

Cf. FIX-ZAMUDIO, *ob. cit.*, p. 30. Cf. también la excelente monografía de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

<sup>12</sup> Cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, V. I, São Paulo, Saraiva, 1965, trad. J. GUIMARÃES MENEGALE, p. 37.

Cf. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, V. I, São Paulo, Saraiva, 1965, trad. J. GUIMARÃES MENEGALE, p. 37.

<sup>13</sup> Cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, V. I, Pádua, CEDAM, 1936, pp. 40, 43 e 44.

el proceso de acción directa de inconstitucionalidad existente en el sistema brasileño es medio de composición de litis, desde que esta es considerada un *conflicto de interés material*, fundada en una relación jurídica material, que no existe en el sistema de control abstracto de constitucionalidad de las leyes- **no habrá de tratarse**, en este caso, de un proceso destinado a actuar conforme la voluntad de las normas constitucionales en la solución de conflictos concretos; lo **que pone** en riesgo la concepción de que el control de constitucionalidad de la ley en tesis, el control abstracto, puede ser tenido como un típico proceso constitucional; o bien pasa **como un** mero procedimiento destinado a obtener un pronunciamiento paralegislativo; **o también, transita** como forma de legislación negativa, como pretendía Kelsen, antes que jurisdiccional por naturaleza, tanto que, en principio, no muda la naturaleza del resultado, si el pronunciamiento fuera de un órgano de naturaleza política. **Vale decir**, la declaración de inconstitucionalidad tendrá la misma eficacia en este caso como se proviniera de un órgano jurisdiccional. La cuestión es compleja y no será aquí donde habrá de resolverse, no obstante su planteamiento para la **ulterior** reflexión.

12. Por lo demás, toda la problemática relativa a la existencia de un proceso constitucional presupone una consideración sobre la naturaleza de los conflictos constitucionales susceptibles de solución jurisdiccional. Como afirmamos antes, los conflictos son de cuatro tipos:

a) *conflictos entre el Estado e individuos o grupos, desde que reclamen la violación de derechos fundamentales*. Tales conflictos son de intereses sobre un bien de la vida, cuya solución se realiza por la actuación de la voluntad de la norma constitucional por un órgano jurisdiccional, en cuanto actúa una pretensión material fundada en norma constitucional. Es a ese sistema de actuación jurisdiccional que Mauro Capelletti, denomina *jurisdicción constitucional de la libertad*<sup>14</sup>, que comprende los procesos especiales destinados a asegurar la eficacia de los remedios constitucionales de tutela de los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones inseparables: individual, socio-económico-cultural, colectiva y política, tales como **el habeas corpus, la acción de amparo, individual y colectivo, el mandato de injeção, el habeas data y la acción popular;**

b) *conflictos entre órganos de gobierno*, tales como los previstos en las letras "l", "n" e "o" del inciso I del artículo 102 de la Constitución, que dan competencia al Supremo Tribunal Federal para procesar y juzgar, originariamente: a) la reclamación para la preservación de su competencia y garantía de la autoridad de sus decisiones; b) la acción en que todos los miembros de la magistratura sean directa o indirectamente interesados, e aquellas en que más de la mitad de los miembros del tribunal de origen estén impedidos o sean directa o indirectamente interesados; c) los conflictos de competencia entre el Superior Tribunal de Justicia y cualquiera de los tribunales, entre Tribunales Superiores, o entre estos y cualquier otro tribunal;

c) *conflictos entre entidades estatales* tales como los previstos en la letra "f" del inciso I del artículo 102 de la Constitución; o sea, las causas y los conflictos entre la Unión y los Estados, la Unión y el Distrito Federal, o entre unos y otros, inclusive las respectivas entidades de la administración indirecta, la extradición solicitada por Estado extranjero y la homologación de las sentencias extranjeras.

---

Cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, V. I, Pádua, CEDAM, 1936, pp. 40, 43 y 44.

<sup>14</sup> Cf. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*, Milão, Giuffrè, 1974.  
Cf. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*, Milano, Giuffrè, 1974.

d) *conflictos entre normas infraconstitucionales y la Constitución* que requieren composición mediante la actuación de órganos jurisdiccionales para el control de la constitucionalidad de leyes y actos normativos del poder público.

13. Este último constituye el objeto primordial de la jurisdicción constitucional, porque se destina a la defensa del principio de la supremacía de la Constitución, lo que vale decir, en último análisis que, en esta hipótesis el ejercicio de la jurisdicción tiene la misión de asegurar la propia noción de Constitución, ya que sin la efectividad del principio de supremacía las normas constitucionales se descalificarían ubicándose a nivel de las normas legales ordinarias.

14. **El concepto** de *proceso constitucional de control de constitucionalidad* dependerá de los criterios y modos de ejercicio de control. Es sabido que el control jurisdiccional de constitucionalidad obedece a dos criterios: el *difuso* y el *concentrado*; y a dos modos de ejercicio: el control por vía de acción directa y el control por vía de defensa, que puede ser incidental o autónomo.

15. El control por vía de acción directa es **control abstracto**. **Precedentemente, se ha puesto en duda si de esta manera puede** caracterizarse el proceso constitucional típico del sistema brasileño, ya que aún cuando sea el mecanismo más efectivo para actuar según la voluntad de las normas constitucionales, ello no es suficiente para definir la naturaleza de un proceso típico en el sentido de la ciencia procesal. **En efecto**, en el sistema europeo de jurisdicción constitucional concentrada en una Corte Constitucional, salvo particularidades, la cuestión se presenta de forma diversa, porque allí el control, siempre abstracto, tiene como presupuesto un conflicto de intereses: sea cuando se ejerza la acción directa de inconstitucionalidad, **que, de hecho**, es marginal; sea cuando se instaura *una cuestión de inconstitucionalidad*, dando origen a un proceso incidental, a partir de un proceso concreto de partes, **o bien**, suscitada de oficio por el juez de la causa o por la parte interesada por medio de un llamado *recurso de inconstitucionalidad*<sup>15</sup>, de naturaleza muy diversa a la de nuestro recurso extraordinario (que es un típico recurso procesal) puesto que -según la doctrina- hacer surgir un *proceso constitucional incidental* ante otro Tribunal, la Corte Constitucional.

16. El control por vía de defensa comprende, **según se ha visto**, el control incidental por excepción, de carácter **lesivo**, y el proceso autónomo. Este último es derivado del ejercicio de la llamada **jurisdicción de la libertad, que representa** un típico proceso constitucional. Pero la situación varía cuando el control se ejerce por vía de excepción. Aquí la cuestión constitucional es muy diferente de aquella referida con anterioridad, que ocurre en el sistema europeo, donde el control incidental es también concentrado y ejercido por un órgano jurisdiccional especial por medio de una acción de parte (recurso de inconstitucionalidad, exceptuándose el ejercicio de oficio), suscitando el nacimiento de un proceso constitucional específico ante el órgano especial competente, la Corte Constitucional, aunque con una fase preliminar, que incluye el examen de relevancia que se desarrolla ante el juez *a quo*. En el sistema brasileño, el **incidente de inconstitucionalidad se caracteriza por constituir un pronunciamiento, de carácter lesivo respecto del mérito de la causa; es decir: no suscita un proceso, pero si un procedimiento incidental que postula una**

---

<sup>15</sup> Cf. para a Espanha: ANDRÉS RIBAS MAURA, *La Cuestión de Inconstitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991; para a Itália: ALESSANDRO PIZZORUSSO e outros, ob. cit., p. 214; para Portugal: JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 2ª ed., Coimbra, 1992, pp. 42 e ss.

Cf. para España: ANDRÉS RIBAS MAURA, *La Cuestión de Inconstitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991; para Italia: ALESSANDRO PIZZORUSSO y otros, ob. cit., p. 214; para Portugal: JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 2ª ed., Coimbra, 1992, p. 42 y ss.

decisión -incidental- a ser proferida en el mismo proceso concreto. Esta es, en cambio, una característica del control difuso que se efectiviza por la actuación de la jurisdicción ordinaria, razón por la cual parte de la doctrina hasta se recusa a calificar su actuación como la propia de una jurisdicción constitucional<sup>16</sup>. No es esta la opinión que se sustenta.

### III. Natureza e objeto do processo constitucional

17. Ante lo expuesto, la cuestión relativa a la naturaleza del proceso constitucional se torna de difícil solución. Esta es una cuestión que busca saber si se trata de un *proceso contencioso* o de un *proceso voluntario*. Baracho muestra que, en Italia, hay una tendencia en concebir el proceso constitucional como proceso de jurisdicción voluntaria, en el que no se fija una composición jurídica, común a las sentencias del juez ordinario, pero, se limita a verificar la conformidad de una norma vigente como la Constitución. Este autor, no obstante, lo considera un proceso contencioso que tiene por *objeto indicar* el acto ilegítimo que colisiona con el dispositivo de la Constitución<sup>17</sup>.

18. Mas difícil será definir la naturaleza del proceso de control de constitucionalidad por acción directa genérica, especialmente por tratarse de un proceso **sin litis**. No es un proceso de partes en que se suscitan conflictos de intereses materiales que requieren composición por acto de autoridad jurisdiccional. Su objeto consiste apenas en la verificación de la conformidad de una ley o acto normativo con la Constitución y su **pronunciamiento**, o sea, la pretensión que mueve al autor de la acción directa de inconstitucionalidad no es de naturaleza material, no es una pretensión resistida como cualidad de la litis en el sentido carnelutiano. En fin, no se busca ahí la satisfacción de una pretensión que una persona deduce contra otra, no existe una relación jurídica material como presupuesto de una demanda.

Se trata de una mera pretensión formal como pedido de una providencia jurisdiccional. *Pretensión procesal* como afirma Jesús González Pérez, cuando dice que ella "*cumple en el proceso constitucional la misma función tal como en los demás tramos del proceso*" y es esta pretensión procesal que este autor reconoce como objeto del proceso constitucional, pero, como él mismo define: "*pretensión procesal es una petición que se hace al órgano jurisdiccional frente a un sujeto pasivo*"<sup>18</sup>. "Sujeto pasivo", se considera en relación al sistema español, porque ahí, como en Italia, as acciones directa solamente son propuestas por el gobierno central teniendo en vista la declaración de inconstitucionalidad de una ley de comunidades regionales autónomas o por el administradores de una región, teniendo en vista obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley nacional; en ambos casos apenas por razones de competencia. En estas hipótesis, existen sujetos activos y pasivos, porque hay una controversia previa, un litigio, una litis. Claro que, en el sistema brasileño, puede surgir algo semejante, si los órganos del gobierno federal pretenden la inconstitucionalidad de

---

<sup>16</sup> Cf. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p. 75: "En cuanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional se atribuye a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial, puede hablarse de una Jurisdicción constitucional". Logo, se não se atribui a um órgão jurisdiccional diverso da jurisdição ordinária não há jurisdição constitucional e, pois, nem processo constitucional.

Cf. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p. 75: "*En cuanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional se atribuye a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial, puede hablarse de una Jurisdicción constitucional*". Luego, si no se atribuye a un órgano jurisdiccional diverso de la jurisdicción ordinaria no hay jurisdicción constitucional y, pues, tampoco proceso constitucional.

<sup>17</sup> Cf. ob. cit., pp. 419-421.

<sup>18</sup> Cf. ob. cit., pp. 123 y 126.

una ley estadual o viceversa, si el gobierno estadual tiene en vista la inconstitucionalidad de una ley federal, por razón de competencia.

19. Es cierto que la Constitución introdujo un elemento en el procedimiento de las acciones directas de inconstitucionalidad genérica que, cuanto menos, genera una contenciosidad de naturaleza procesal, aunque no de naturaleza material, al determinar la citación del **abogado general** de la Unión para defender el acto o texto impugnado cuando el Supremo Tribunal Federal va a apreciar la inconstitucionalidad en tesis. Pero ello, por sí, no impide que sea un caso de *proceso de jurisdicción voluntaria* y no un proceso contencioso. Es verdad que la primera cuestión que surge aquí está en derredor de la idea de jurisdicción voluntaria, que, como bien observa **Frederico Marques**, no es ni voluntaria ni jurisdiccional, aunque reconoce en ella una función estatal de administración de derechos subjetivos; es decir, una función estatal de tutela de intereses indisponibles, con finalidad preventiva o constitutiva, y que tiene como presupuesto no una litis o una situación litigiosa -como acontece en la jurisdicción contenciosa-, pero sí un negocio o un acto jurídico, en relación al cual, el juez ejerce un simple control de legitimidad o, apenas, verifica la conveniencia y oportunidad del acto<sup>19</sup>. En este concepto se encuadra la jurisdicción constitucional en la acción de inconstitucionalidad genérica como en la acción de inconstitucionalidad por omisión. Su presupuesto es la ley o acto normativo, del que se alega la inconstitucionalidad o la omisión de la práctica del acto exigido en la Constitución; y la función del órgano jurisdiccional es de control de legitimidad del acto impugnado.

20. En los casos en que se trata de ejercicio de jurisdicción voluntaria, entonces, tampoco tenemos un proceso sino un procedimiento. En la lección de Frederico Marques: "*Relativamente a la forma o modus procedendi, la jurisdicción voluntaria da origen a un procedimiento solamente y no a un proceso, visto que este se origina de una situación contenciosa y es concepto correlato al de jurisdicción propiamente dicha*", donde no hay propiamente un contradictorio entre partes, pero sí apenas "*una controversia o disenso de opiniones, que no se confunde con una situación contenciosa o litis*"<sup>20</sup>.

21. La contenciosidad, no obstante, está presente en el caso de la acción directa de inconstitucionalidad interventiva. Aquí el presupuesto es *una cuestión litigiosa* que antecede al proceso. Y la decisión que juzga procedente la acción tiene ejecución específica forzada, en principio, que es la **intervención** federal en el Estado.

22. Complica todavía más la problemática acerca de la naturaleza del llamado proceso constitucional el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad *incidental*, en un caso concreto, no tiene la eficacia de suspender, por sí, la aplicación de la ley en otros casos. Esa eficacia sólo adviene de un acto político que es la resolución del Senado Federal suspendiendo la aplicación del acto declarado definitivamente inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

23. La conclusión, como se ve, es que ni los procesos de control normativo presentan una configuración unitaria, como observa José Manuel M Cardoso da Costa, después de entender "difícilmente viable y sin gran sentido la tentativa de describir o tratar unitariamente el "proceso" seguido por ante el Tribunal Constitucional, o igualmente, más modestamente, de enunciar o formular, a tal respecto, algunos principios generales"<sup>21</sup>; eso dice el autor en relación al sistema portugués de jurisdicción concentrada en una Corte Constitucional, lo que vale aun más, para un

---

<sup>19</sup> Cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. I, Río de Janeiro, Forense, 1958, p. 307 y ss.

<sup>20</sup> Cf. ob. cit., pp. 309 y 310.

<sup>21</sup> Cf. ob. cit., pp. 43 y 44.

sistema que combina los criterios de jurisdicción concentrada y de jurisdicción difusa, como en el sistema brasileño, y en donde existen varios institutos que dan margen al ejercicio de la llamada jurisdicción de la libertad, cada cual posibilitando un proceso especial, aquí sí, el proceso propiamente dicho, y proceso constitucional especial y contencioso.

24. Por esas razones la formulación de un concepto de proceso constitucional abarcador de las hipótesis enunciadas no es fácil, a no ser en un sentido muy genérico, enunciándolo como: *un conjunto de actos destinados a actuar la función jurisdiccional para la defensa de principios constitucionales, especialmente aquellos que confieren derechos fundamentales contrariados por actos o decisiones ilegítimas de la autoridad pública*<sup>22</sup>; o más sintéticamente como: *un conjunto de actos mediante los cuales el órgano jurisdiccional actual conforme la voluntad de las normas constitucionales*.

#### IV. Presupuestos procesales

25. Esa variedad de situaciones dificulta una consideración teórica sobre una posible *relación jurídica-procesal constitucional*, en el sentido técnico puesto por la ciencia del proceso, como relación triangular que vincula a las partes y al juez, consubstanciada por facultades, **obligaciones** y deberes de las partes y del juez en sus recíprocas relaciones. Hay hipótesis en que la relación jurídica procesal es nítida, porque en el fondo la situación, en el caso brasileño, tiene las características del proceso civil o penal, lo que acontece en los procesos de aquellos remedios constitucionales de jurisdicción de la libertad: acción de amparo, acción popular, *habeas corpus*, etc. Ella no es, sin embargo, autónoma en los casos de apreciación de la constitucionalidad incidental, donde no pasa de un incidente en el desarrollo de la relación procesal principal, puesto que no hay un proceso constitucional y sí un simple *procedimiento constitucional incidental*.

26. Tampoco es clara la relación jurídica procesal en el caso de las acciones directas de inconstitucionalidad genérica y por omisión, aunque, puede ser vislumbrada en la acción de inconstitucionalidad interventiva.

27. Eso no excluye -y tal vez hasta exija con más precisión- que se haga alguna consideración sobre los *presupuestos del proceso constitucional*. La teoría, como se sabe, se refiere a los presupuestos procesales como requisitos mínimos de la constitución válida y regular del proceso, y tales son: la existencia del órgano jurisdiccional competente, una demanda y capacidad procesal activa y pasiva, el que envuelve el problema de la legitimación para actuar y el interés en conseguir el bien por obra del ejercicio de la actividad jurisdiccional.

28. La cuestión del órgano jurisdiccional competente, nos coloca frente a la problemática de la jurisdicción constitucional, que, como se ha visto, puede ser concentrada en un órgano especializado, una Corte Constitucional, cuando, sólo ese órgano tiene competencia para conocer sobre atribuciones de inconstitucionalidad: o puede ser difusa, cuando se reconoce la competencia de todos los órganos jurisdiccionales ordinarios y especiales para la declaración de inconstitucionalidad. Con todo, se desenvuelve en América Latina un sistema mixto, donde se reserva en un Tribunal Superior especial o integrante del sistema judicial común, la competencia para procesar y juzgar acciones directas de inconstitucionalidad abstracta, como es el caso brasileño donde esa función le

---

<sup>22</sup> Cf. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, ob. cit., p. 419, y JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., p. 86.

cabe al STF respecto de las impugnaciones de constitucionalidad de ley o actos normativos federales y estatales **en relación** con la Constitución Federal, y a los Tribunales de Justicia de los Estados respecto de las leyes y actos normativos estatales y municipales **en relación con la** Constitución del Estado.

29. La legitimación para la acción por ante el Supremo Tribunal Federal está resuelta en el artículo 103 de la Constitución, según el cual pueden proponerla: I - el Presidente de la República; II - La Mesa del Senado Federal; III - la Mesa de la Cámara de los Diputados; IV - la Mesa de la Asamblea Legislativa; V - el Gobernador del Estado; VI - el Procurador-General de la República; VII - el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; VIII - partido político con representación en el Congreso Nacional; IX - confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

30. El interés para actuar es puramente formal. Depende apenas de la voluntad del sujeto legítimo que lo manifiesta en la simple alegación de un vicio de inconstitucionalidad.

31. Sujeto pasivo, en rigor, no existe en la acción directa de inconstitucionalidad genérica, porque no hay una relación jurídica material que justifique la existencia del acusado en el polo pasivo de la acción. La posición del Abogado General de la Unión, citada para defender el acto impugnado, no puede ser caracterizada como de sujeto pasivo de la acción, un acusado. Hay, por ello, partes en sentido puramente procesal, que son llamadas a prestar informaciones en el procedimiento, tales son los órganos legislativo y ejecutivo que han producido la ley o el acto normativo impugnado, para sustentar su constitucionalidad, **siendo ello facultativo**. En el caso de cuestionarse una ley federal, serán requeridas por el Relator del proceso informaciones al Congreso Nacional, que serán prestadas por el Presidente del Senado Federal que tiene también la función de Presidente del Congreso; se requiere también que informe el Presidente de la República en caso que hubiese promulgado la ley. De igual forma, cuando se tratare de un decreto del Presidente de la República, las informaciones serán requeridas a él. Si fuere el caso de otro acto normativo (Resoluciones, Instrucciones Ministeriales), serán requeridas a la autoridad que lo hubiere firmado. En el caso de tratarse de una ley estadual, cabe a la Asamblea Legislativa del Estado prestar las informaciones, y también al Gobernador, si hubiere promulgado la ley. Si fuera un decreto estadual, se requerirá a su autor. Las informaciones no tiene carácter de defensa del acto impugnado, como una contestación a la acción, pero si de mero esclarecimiento, aún cuando puedan defender la constitucionalidad del acto y requerir la improcedencia de la acción. No obstante, en ellas, también, puede ser reconocida la inconstitucionalidad atribuida.

## V. Juzgamiento y decisión

32. En el caso de la acción directa, con informaciones o sin ellas, se pasa al juzgamiento, proclamándose la inconstitucionalidad o constitucionalidad del acto impugnado, si en un u otro sentido se manifiesta la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal, haciendo cosa juzgada en el primer caso, pero no en el segundo, que en verdad corresponde a una simple decisión de improcedencia de la acción. Es pacífico en la doctrina extranjera que la sentencia de improcedencia de la atribución de inconstitucionalidad no hace cosa juzgada. El efecto de la decisión que juzga la inconstitucionalidad es *erga omnes*. Se rechaza la tesis de que declaración de inconstitucionalidad sea de nulidad del acto impugnado, y, por el contrario, y se sostiene la doctrina extranjera que, en general, desde Kelsen, afirma que el acto inconstitucional es válido y eficaz hasta que sea decretada su invalidación, considerada así la sentencia como constitutiva, no meramente declaratoria, y con efecto *pro futuro*.

33. Tratándose la cuestión constitucional en un proceso concreto, su juzgamiento se hace como materia preliminar del examen del mérito, como decisión de acogimiento declarando la inconstitucionalidad y la improcedencia de la acción principal, o como decisión de rechazo con la apreciación del mérito de la causa principal juzgando procedente o no, conforme el contenido del proceso. En cualquier caso caben recursos hasta el STF.

34. La decisión que declara la inconstitucionalidad, en un caso concreto por el método difuso, tiene *efecto entre las partes*, hace cosa juzgada sólo en relación al caso juzgado, no en relación a la ley (u otro acto) declarada inconstitucional, cualquiera sea el tribunal que la profirió, incluyendo el Supremo Tribunal Federal. La ley continua aplicable. Cualquier juez o tribunal, en principio, podrá aplicarla si la entiende constitucional, en cuanto el Senado Federal, por resolución, no suspenda su ejecución.

35. Ciertos aspectos de la cuestión son todavía bastante controvertidas en la doctrina, a partir de la divergencia sobre la naturaleza del acto inconstitucional. Los que entienden que el acto inconstitucional es nulo, de ningún efecto, sustentan, coherentemente, que la declaración de su inconstitucionalidad tiene efectos *ex tunc*<sup>23</sup>. Otros, al contrario, afirman que el efecto es *ex nunc*<sup>24</sup>.

36. La propuesta sobre esta cuestión fue expresada en un libro publicado hace mucho tiempo, cuando se recordaba que el problema de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto debe resolverse, teniéndose en cuenta dos aspectos: a) surte efecto *ex tunc*, esto es, fulminando la relación jurídica fundada en la ley inconstitucional, desde su nacimiento; b) en cambio, la ley continua eficaz y aplicable, hasta que el Senado Federal suspenda su ejecutoriedad por resolución, que no deroga ni anula la ley, pero simplemente le retira la eficacia con efecto *erga omnes* a partir de ese momento, esto es, *ex nunc*<sup>25</sup>.

37. Son dos momentos: primero, la decisión judicial con efecto *ex tunc inter partes*; segundo, la resolución del Senado Federal con efecto *ex nunc erga omnes*. La competencia del Senado emerge del artículo 52, X, de la Constitución de 1988, donde se estatuye que a él compete privativamente: "*suspender la ejecución, en todo o en parte, de la ley declarada inconstitucional por*

<sup>23</sup> Cf. ALFREDO BUZUID, ob. cit., p. 132.

<sup>24</sup> Cf. C. A. LÚCIO BITENCOURT, ob. cit., p. 136. Contudo, o STF já decidiu: "A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional" (RDA 105/111). Tese da qual não compartilhamos, porque fundada na idéia de que o ato inconstitucional é nulo e de nenhum efeito, enquanto pensamos que a teoria da invalidez dos atos jurídicos não se presta às inconstitucionalidades que são formas diferentes de invalidez com regime próprio.

Cf. C. A. LÚCIO BITENCOURT, ob. cit., p. 136. Con todo, el STF ya decidió: "*La suspensión de la vigencia de la ley por inconstitucionalidad torna sin efecto todos los actos practicados sobre el imperio de la ley inconstitucional*" (RDA 105/111). Esta tesis no es comartida ya que es fundada sobre la idea de que el acto inconstitucional es nulo y de ningún efecto. Por el contrario, se piensa que la teoría de la invalidez de los actos jurídicos no se ajusta a las declaraciones de inconstitucionalidad, que son formas diferentes de invalidez, que por lo demás, reconoce un régimen propio.

<sup>25</sup> Cf. nosso *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 147.

Cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 147.

*decisión definitiva del Suprema Tribunal Federal*". Sólo se aplica a las decisiones del STF proferidas en un proceso concreto de partes, no en las acciones directas de inconstitucionalidad.

38. Esa regla constitucional muestra que no tiene aplicación la doctrina *stare decisis*, porque la ley, aún cuando es declarada inconstitucional en decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal, puede ser aplicada por otro juez o tribunal inferior, antes del pronunciamiento del Senado, que acostumbra ser demorada. Pero es claro que la decisión del STF tiene peso y raramente es enfrentada por otros jueces y tribunales, deliberadamente. Ocurre, también, que existe un sistema de precedentes del Supremo Tribunal Federal, que aunque no obliguen a jueces y tribunales inferiores, sujetos sólo a la ley, tienen, por ello, fuerza política y ética que impone respeto. Trátase de las *Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, formada con base en varias *decisiones el mismo sentido* y aprobadas por el plenario, en los términos de su reglamento interno. Su fuerza proviene del hecho de que también cabe recurso extraordinario en los casos de decisión que diverja de la *Súmula* del STF (IR, art. 325, II).

## VI. Acción de constitucionalidad

39. Para finalizar, cabe expedirse sobre la recién creada acción declaratoria de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, que podrá ser propuesta por el Presidente de la República, por la Mesa del Senado Federal, por la Mesa de la Cámara de Diputados y por el Procurador General de la República.

40. Esta acción, más que la acción genérica de inconstitucionalidad, introduce el problema relativo a la comprensión de las normas y valores constitucionales en correlación con la realidad social, porque suscita solamente un confronte abstracto de normas, un confronte formal, que no lleva en cuenta la posible influencia de los valores sociales en el sentido de las normas constitucionales, de modo que una ley que formalmente aparece en contraste con enunciados constitucionales puede no estar en conflicto con un sentido axiológico de las normas constitucionales, con perjuicio, eventualmente, de ajustes dialécticos del ordenamiento a el vivir social, vale decir, en perjuicio de una visión material de la justicia.

41. El control de constitucionalidad por el criterio difuso tiene innumerables defectos, incluyendo efectos desiguales en litigantes en procesos diferentes, pero ciertamente al conferir la constitucionalidad en relación de un caso concreto posibilita un confronte de sentido, de contenidos normativos. Es tal la importancia de esto que hoy se reconoce la existencia de un iter de inconstitucionalización que consiste en el hecho de una ley existente adquirir inconstitucionalidad en razón de variaciones constitucionales semánticas. El sistema europeo resolvió la cuestión, admitiendo un elemento del control difuso en el sistema de jurisdicción concentrada. En principio no hay acción genérica de inconstitucionalidad, salvo por razones de competencia entre entidades inter-estatales. El control concentrado no es, en rigor, sobre la ley en tesis, pero, como vimos, suscitado a partir de la cuestión de inconstitucionalidad en un proceso concreto de partes.

42. La acción declaratoria de constitucionalidad tiene la característica de un medio paralizante de debates en torno de cuestiones jurídicas fundamentales de interés colectivo. Esa es la finalidad de su creación, Tendrá como presupuesto la existencia de decisiones en procesos concretos contrarios a la posición gubernamental. En ese caso, su ejercicio genera un *proceso constitucional* contencioso, porque es de esperar que, con respeto al principio del contradictorio, las partes interesadas sean oídas. Si así no fuera, entonces, tendremos, aún, una de aquellas hipótesis que

justifican una decisión constitucional interpretativa. La cuestión se presenta así en la doctrina: a través de la *sentencia interpretativa de rejeição* el tribunal rechaza la argüición de inconstitucionalidad mediante la definición del sentido correcto de la norma impugnada; a través de la *sentencia interpretativa de acogimiento* el tribunal acoge la inconstitucionalidad, porque la interpretación y consecuente aplicación de la ley hiere la Constitución. Si la interpretación y la aplicación fuesen diferentes, posiblemente no habría conflicto constitucional. Ora, si la acción declaratoria de constitucionalidad, creada por una Enmienda Constitucional (Enmienda n° 3) fuese un instrumento de decisión definitiva que paralice procesos concretos sin el contradictorio y el debido proceso legal, ese modo de entender y de su utilización contrariaría derechos fundamentales impostergables.

43. Ello así, teniendo en vista lo dispuesto en el § 2° del artículo 102 de la Constitución, a lo que cabe sumar la Enmienda Constitucional n° 3, que declara que las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones declaratorias de constitucionalidad de ley o acto normativo federal, producirán eficacia contra todos los efectos vinculantes, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

## **VII. Conclusión**

Cabe concluir que sólo se puede hablar de proceso constitucional en sentido amplio abarcador de situaciones procesales variables, ora de procesos como relación jurídica y procedimientos contradictorios, ora de meros procedimientos constitucionales, ora, pues, de procedimientos de jurisdicción contenciosa, ora de jurisdicción voluntaria, porque la transposición de la doctrina europea, en esta materia, no se ajusta con el sistema brasileño.