

## **Características de los procedimientos de control de constitucionalidad en Chile y en Brasil, desde una perspectiva de la actuación activa o reactiva del Tribunal en los procesos constitucionales.**

Jorge Aranda Ortega<sup>1 2</sup>

### **1. Introducción**

En la presente entrega intentaré comprobar, por una parte, una correlación entre el modelo de control de constitucionalidad austriaco, o *en abstracto*, con una alejamiento del principio formativo de inercia judicial, o de tribunal reactivo, teniendo el tribunal un rol más activo en el procedimiento. Por la otra, intentaré denotar una correlación entre el modelo de constitucionalidad estadounidense, o *en concreto*, con un acercamiento al principio de inercia judicial. Esta comprobación se hará, apenas, estudiando los casos chileno y brasileño.

Para afirmar esto, me basaré en la idea que un Tribunal Constitucional, que se acerque más al modelo austriaco, tiene como finalidad impulsar políticas públicas, o una visión del Estado de respeto a los Derechos Fundamentales y a la Democracia, cuestión que no necesariamente ocurre en un tribunal que opera bajo una perspectiva de control concreto y difuso.

El plan de exposición es el siguiente: primero expondré los aspectos teóricos de mis afirmaciones y mi hipótesis de trabajo; luego, expondré aspectos fundamentales de los procedimientos constitucionales de Chile y de Brasil; finalmente, expondré mis conclusiones.

<sup>1</sup> Abogado, Universidad de Chile. Magister (c) en Derecho Público, Universidad de Chile. Investigador del Centro de Derecho Ambiental, Universidad de Chile.

<sup>2</sup> Este artículo es fruto de las presentaciones de la materia “Jurisdicción Constitucional Brasileña”, del programa de Magister en Derecho de la Universidad de Brasilia, la que pude cursar gracias a un programa de intercambio entre dicha universidad, el Supremo Tribunal Federal, y mi casa de estudios. Agradezco hondamente los comentarios y ayuda de mis pares brasileños, en especial del profesor Gilmar Mendes, y de mis compañeros Maria Pia Guerra, Ricardo Baretto de Andrade, y de Stéphanou Araujo. Por supuesto, todo error e imprecisión es imputable sólo a mí.

A modo de aclaración, debo advertir que no estudiaré los procedimientos de tutela de derechos fundamentales porque tienen una finalidad diferente a la declaración de la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de un precepto legal.

## 2. El procedimiento de control de constitucionalidad.

Primero que todo, es necesario aclarar bajo que conceptos trabajaré el análisis de los procedimientos de declaración de constitucionalidad. El punto de partida que propongo, a modo de hipótesis de trabajo, es que en un modelo continental de control concentrado de constitucionalidad, el juez debería tener un rol activo en la constatación de la inconstitucionalidad de las leyes, mientras que en un procedimiento de control difuso el juez tendería a ejercer un rol reactivo, teniendo las partes el impulso procesal del control de constitucionalidad.

Para afirmar lo anterior, se debe tener en consideración los siguientes supuestos metodológicos: 1 – La idea de principios formativos del procedimiento es, ante todo, una creación ideal que facilita el estudio y análisis de diversos procesos, y que resulta particularmente útil para efectuar comparaciones; 2 – Los modelos de control de constitucionalidad *difuso-concentrado*, son ante todo, modelos ideales o teóricos, que en la práctica admiten mixturas y combinaciones; 3 – Igualmente, una actuación activa del tribunal, en un procedimiento, puede explicarse como una manera que tiene el Estado de implantar políticas o visiones generales que estima deseables, mientras que en un ideal reactivo se limita sólo a resolver un conflicto suscitado entre las partes.

### a. Principios formativos como ideales.

De las ideas afirmadas, la más evidente (y quizá pacífica) es que los principios formativos son sólo creaciones ideales y dicotómicas sobre lo que deberíamos o no esperar de la configuración del procedimiento.

<sup>3</sup> Así, de la dicotomía de “tribunal *activo-reactivo*” devienen una serie de otras posibles dicotomías que pueden caracterizar, a rasgos generales, un procedimiento. Por ejemplo, la posibilidad-imposibilidad de imponer de oficio medidas cautelares, el secreto o publicidad de los actos que efectúa, o si automáticamente una decisión debe ser elevada a un tribunal superior sin necesidad de interposición de un debido recurso, por nombrar algunas.

Cuando me refiero a principios formativos, lo estoy haciendo en un sentido pragmático y acotado, entendiendo que son los principios estructurantes que deben regir las actividades de las personas que actúan dentro del proceso<sup>4</sup>. Así, concordando con SILVA *et al*, no tengo mayor pretensión que exponer ciertos aspectos técnicos que caracterizan un proceso, como ideas generales rectoras de la práctica procesal<sup>5</sup>.

De esta forma, estos principios se encuentran mixturados en la práctica, admitiéndose casos en que si bien el impulso procesal depende de las partes, el tribunal puede actuar de oficio, o también donde las actuaciones públicas pueden estar sujetas a secreto en caso de vulnerar la privacidad o la honra de una persona involucrada, o en el caso de la institución chilena de la *consulta*, donde un tribunal superior conoce de la decisión del inferior sin necesidad de recurso.

#### b. Modelos de control como ideales.

La segunda de las ideas expuestas, sobre los modelos ideales de control difuso estadounidense y control concentrado austriaco, también es una construcción que terminó por convertirse en teórica. Al respecto, FERNÁNDEZ SEGADO afirma que la caracterización del modelo estadounidense como *incidental, especial, declarativo y difuso*, en oposición a la caracterización del modelo austriaco como *principal, general*,

<sup>3</sup> Sobre la noción de dicotomía, particularmente en la dualidad *dispositivo-inquisitivo*, podemos revisar: GOLDSCHIMDT, James. Principios Generales del Proceso. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Argentina. 1961. pp 112-114.

<sup>4</sup> LACERDA, Galeno. Teoria Geral do Processo. Editora Forense. Rio de Janeiro. Brasil. 2008. p 90.

<sup>5</sup> SILVA DA SILVA, Eduardo, *et al*. Teoria Geral do Processo. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. Brasil. 2002. p 191.

*constitutivo*, y *concentrado*, ha encontrado matices y mixturas en la práctica<sup>6</sup>. Por ejemplo, respecto de la dicotomía “*incidental o principal*”, hay una mixtura en la doble vía de actuación que tienen algunos sistemas judiciales de actuar incidental o principalmente; respecto de los efectos “*relativos o absolutos*” de la sentencia, se ha morigerado el efecto relativo en los Estados Unidos mediante el uso del *stare decisis* de los tribunales superiores sobre los inferiores para uniformar la jurisprudencia; respecto de sus efectos “*declarativos o constitutivos*”, la mixtura se ha hecho mediante la modelación de los efectos de la sentencia; y respecto a si es “*difuso o concentrado*”, la mixtura se verifica en la medida que conviven ambos sistemas, como es el caso de Brasil.

c. El papel activo del tribunal como implementación de políticas.

Sin embargo, la tercera de las ideas señaladas puede resultar menos arraigada en el acervo jurídico cultural latinoamericano. Los tribunales, en diversos diseños institucionales, pueden abandonar el principio de la inercia procesal, y por ende, tornarse más activos, en la medida que contribuyan a implementar políticas o planes de gobierno, efectuando, en cierta medida, un papel que dirija los comportamientos sociales. Por el contrario, pueden tornarse reactivos cuando el Estado no tenga interés en dirigir los comportamientos de la sociedad mediante el aparato de administración de justicia. Esta idea fue constatada por DAMASKA luego de efectuar un estudio comparado de diversos sistemas de administración de justicia<sup>7</sup>. Él notó que en regímenes pertenecientes a la tradición jurídica soviética, el rol de los abogados era acotado, ya que los jueces estaban permanentemente preocupados (y ocupados) de imponer políticas mediante sus decisiones. Esta idea, que puede parecer chocante y con tintes de totalitarismo, está plenamente vigente hoy, pese al contexto de su constatación. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de las cortes internacionales de justicia, donde en un marco de pluralismo jurídico diversos subsistemas de derecho internacional promueven ciertas visiones de mundo; así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (modelo Americano-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. En: *Direito Público* N° 2, 2003. pp 64-65.

<sup>7</sup> DAMASKA, Mirjjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2000. pp. 27-28.

promueve una cultura de promoción de los Derechos Humanos, o los paneles arbitrales de la Organización Mundial de Comercio promueven una visión neoliberal de libre tráfico de mercaderías entre diversos estados, sólo por nombrar algunos ejemplos.

- d. Relación entre la dicotomía tribunal reactivo-activo y control difuso-concentrado.

Entonces, y volviendo a mi punto de partida... ¿Por qué deberíamos asociar el modelo teórico austriaco a un tribunal activo, y asociar al modelo teórico estadounidense a un tribunal reactivo? Para ello estimo dos puntos que deberían ilustrar mi postura. Desde un punto de vista histórico, el modelo austriaco fue creado e idealizado con un rol institucional bien claro: ser un “Defensor de la Constitución” ante las infracciones a la Carta Fundamental en que pudiere incurrir tanto la función ejecutiva, como la función legislativa. En ese sentido, es un órgano que promueve una política, ya que tiene la evidente misión institucional, en su configuración original, de promover la protección de los Derechos Fundamentales, alejando una postura de orden autoritaria-fascista, que negó tales derechos.

El segundo punto que valida esta asociación de categorías es una de orden funcional: en un control de orden difuso, siguiendo al modelo norteamericano, se está juzgando una serie de expectativas concretas de un sujeto que quiere someter el comportamiento de otro a sus propios intereses, mediante la decisión de un tercero imparcial (el tribunal), sin que haya como requisito necesario y suficiente para la interposición del recurso o incidente constitucional un interés general comprometido. Así, en palabras de GOZAÍNI, “(...) *el rol social de los Tribunales Constitucionales, [es por una parte] exigencia objetiva de gobierno conforme a la producción de derecho objetivo (leyes), y [por otra la] exigencia subjetiva en la protección de expectativas concretas (...)*”.<sup>8</sup> El deber de cumplir esas expectativas concretas en un caso particular no debería mirar, *prima facie*, a un interés general.

<sup>8</sup> GOZAÍNI, Osvaldo. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Rubenzal-Culzoni. Buenos Aires Argentina. 2006. p. 16.

Así las cosas, en virtud de este rol que impone una visión de respeto a los Derechos Fundamentales, en un sistema concentrado un tribunal tiene un rol activo, se traduce en un procedimiento de tintes inquisitivos, donde las partes no son preponderantes en el impulso procesal en miras del interés público comprometido. Por el contrario, en un sistema difuso, el tribunal tiene un rol pasivo, porque no necesariamente se constata un interés público, sino que se ventila un problema particular, de interés privado, en miras de la satisfacción de expectativas concretas de los litigantes.

Dicho esto, es necesario constatar si esta afirmación encuentra una correlación con la práctica jurídica de Chile y de Brasil.

### 3. Proceso de Control de Constitucionalidad de Chile.

En Chile el control de constitucionalidad está regulado en la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997 de 1981, regulándose recientemente los procedimientos que en ella se contienen con las reformas introducidas por la 20.381 de 2009, que tienen su seno en la reforma constitucional de 2005, donde se centran las competencias de control constitucional en el Tribunal Constitucional, debiendo conocer tanto de la acción de control represivo como de control preventivo. Antiguamente, el control represivo era competencia de la Corte Suprema.

Esta variación produjo un considerable aumento en el volumen de trabajo del Tribunal. Si bien no hay estadísticas jurimétricas contundentes, ni tampoco publicación de todas las sentencias y resoluciones, de la visita de la página *web* del Tribunal se desprende que de las sentencias que el tribunal estima relevantes, y publicables en internet, hay 31 sentencias del año 2004 (año anterior a la reforma)<sup>9</sup>. Ya entrando la reforma en plena vigencia, el número de sentencias relevantes y publicadas en internet, aumentó a 85 el 2006<sup>10</sup>, y a 183 el 2009<sup>11</sup>. Igualmente, los ingresos de causas al tribunal

<sup>9</sup> REPÚBLICA DE CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencias relevantes del año 2006. [en línea] [http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca\\_eras](http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_eras)

<sup>10</sup> *Ibíd.* Sentencias relevantes del año 2006. [en línea] [http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca\\_eras](http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_eras)

<sup>11</sup> *Ibíd.* Sentencias relevantes del año 2009. [en línea] [http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca\\_eras](http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_eras)

el año 2006 son de 236 causas, 320 durante el 2007, y 276 el 2008<sup>12</sup>. Esto nos puede dar una idea de la magnitud de la reforma en cuanto carga de trabajo.

Por otra parte, en Chile hay dos procedimientos, relevantes para este estudio, de control de constitucionalidad: uno preventivo o *ex ante* que es la declaración de inconstitucionalidad, que y uno represivo o *ex post* que es la declaración de inaplicabilidad.

Para efectos de claridad expositiva, primero me referiré a las reglas generales de estos procesos constitucionales, luego explicaré el procedimiento de inaplicabilidad, que es en buena parte el procedimiento medular, para finalmente explicar el procedimiento de inconstitucionalidad.

#### a. Normas generales a ambos procedimientos

En general, el Tribunal Constitucional de Chile tiene la facultad de decretar las medidas que estime convenientes y que sean tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto que conozca<sup>13</sup>, así como requerir información a cualquier autoridad<sup>14</sup>, decretar medidas cautelares, como la suspensión de un procedimiento<sup>15</sup>. Por otra parte, el abandono del procedimiento podrá ser alegado por cualquiera de las partes, siempre que hayan transcurrido tres meses de inactividad de todas las partes involucradas<sup>16</sup>.

#### b. La acción de inaplicabilidad<sup>17</sup>

<sup>12</sup> REPÚBLICA DE CHILE. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Memoria del Tribunal Constitucional. 2008. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/documentos/downloadpdf/301>

<sup>13</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ley Orgánica Constitucional N° 17.997 del Tribunal Constitucional. Art. 30.

<sup>14</sup> *Ídem*.

<sup>15</sup> *Ibid.* Art. 30 bis.

<sup>16</sup> *Ibid.* Art 32-C.

<sup>17</sup> Esta parte, que es de mi completa autoría, se corresponde con la presentación del 6° debate efectuado en el marco del proyecto de intercambio académico y jurídico Texeria de Freitas, entre la Corte Suprema de Chile y la Universidad de Chile, con el Supremo Tribunal Federal de la República Federativa de Brasil y la Universidad de Brasilia.

Este procedimiento, en general, pone énfasis en el contradictorio, aún cuando el juez detenta facultades de oficio. Esta declaración tiene efectos relativos, al contrario de la inconstitucionalidad, que detenta efectos absolutos.

Están legitimados para interponer la acción el tribunal que conoce de la causa de oficio, y las partes de la gestión<sup>18</sup>, siendo el tribunal competente para conocer de ello el Tribunal Constitucional.

Los requisitos de forma de esta presentación son que la presentación sea escrita, la que deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas<sup>19</sup>.

El plazo para presentar el requerimiento es durante cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal, que pueda ser decisivo en la resolución del asunto, sea contrario a la Constitución<sup>20</sup>.

Una vez presentado, el Tribunal debe efectuar una revisión formal de la presentación, habiendo un plazo de tres días, en favor de las partes, para subsanar el no cumplimiento de éstos. De no subsanarse estos defectos, el requerimiento se tendrá por no presentado. Se pueden solicitar alegatos por las partes, habiendo traslado por cinco días, es decir, teniendo que efectuarlos dentro de ese plazo una vez que la parte requirente tiene noticia de que se le autoriza a alegar<sup>21</sup>.

Después, cinco días desde resolución que acoge el requerimiento, o desde los alegatos en caso que se haya admitido a tramitación, se debe efectuar un examen de admisibilidad de fondo<sup>22</sup>. Son causales de inadmisibilidad: la falta de legitimidad;

<sup>18</sup> REPÚBLICA DE CHLE. Ley Orgánica Constitucional N° 17.997 del Tribunal Constitucional. Artículo 47-A.

<sup>19</sup> *Ibid.* Art. 47-B.

<sup>20</sup> *Ibid.* Art. 47-C.

<sup>21</sup> *Ibid.* Art. 47-D.

<sup>22</sup> *Ibid.* Art. 47-E.

cuando ya hay una conformidad constitucional previa, determinada con efectos generales por Tribunal Constitucional; cuando no hay una gestión pendiente, o hay cosa juzgada; cuando es un precepto que no tiene rango legal; cuando el precepto reclamado no es aplicable al caso en cuestión; cuando hay falta de fundamento plausible. Esta resolución no es recurrible<sup>23</sup>.

Se puede solicitar la suspensión del procedimiento por alguna parte, como medida precautoria en sede constitucional<sup>24</sup>.

Una vez acogido el requerimiento, hay un plazo de veinte días de formulación de observaciones y oposición de antecedentes una vez notificada la resolución que acoge la tramitación. Pueden hacerlas el juez, las partes, y órganos especialmente legitimados, que son el Senado, la Cámara de Diputados, y el Presidente de la República<sup>25</sup>.

Luego, se deberá poner en tabla la causa, esto es, llamar a una audiencia ante los magistrados para efectuar alegaciones. Concluido esto, hay un plazo de treinta días para dictar sentencia, prorrogables por quince días más en casos calificados<sup>26</sup>.

El artículo 47-J permite la declaración de inconstitucionalidad, con distintos fundamentos de los que las partes alegan<sup>27</sup>.

La sentencia deberá especificar cómo la disposición impugnada es contraria a la Constitución<sup>28</sup>. Esta sentencia genera cosa juzgada en esa causa, siempre que se alegue la inaplicabilidad por los mismos fundamentos<sup>29</sup>, y tiene efectos relativos a las partes en la causa pedida<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> *Ibid.* Art. 47-F.

<sup>24</sup> *Ibid.* Art. 47-G.

<sup>25</sup> *Ibid.* Art. 47-H.

<sup>26</sup> *Ibid.* Art. 47-I.

<sup>27</sup> *Ibid.* Art. 47-J.

<sup>28</sup> *Ibid.* Art. 47-K.

<sup>29</sup> *Ibid.* Art. 47-L.

<sup>30</sup> *Ibid.* Art. 47-N.

Una vez determinada la inaplicabilidad, el tribunal puede declarar una inconstitucionalidad sobreviniente, con efectos absolutos, *erga omnes*. El requerimiento puede hacerse de oficio<sup>31</sup> o por requerimiento mediante acción pública<sup>32</sup>. En caso de la acción pública, los interesados en su presentación escrita deberán señalar los fundamentos para declarar inconstitucional esa norma, y deberán señalar la sentencia de inaplicabilidad en la que se basan<sup>33</sup>.

De no cumplir con esos requisitos, el requerimiento se tendrá por no presentado, teniendo el tribunal tres días para dictar esta resolución desde que se de cuenta el requerimiento al pleno. Sin embargo, el tribunal otorgará un plazo de tres días en esa resolución para subsanar los eventuales defectos de forma<sup>34</sup>.

Una vez acogido el recurso a tramitación, hay un plazo de diez días para que el tribunal se pronuncie sobre la admisibilidad. El requirente puede pedir alegatos acerca de su admisibilidad, dándole traslado por diez días.

Después de ello, el tribunal colocará en tabla el asunto<sup>35</sup>. Después de la audiencia y de las respectivas alegaciones, hay un plazo de treinta días para dictar resolución para que el Tribunal se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la norma señalada<sup>36</sup>. El fundamento de la inconstitucionalidad deberá basarse en el precepto señalado por el o los requirentes, y en la sentencia señalada.

#### c. La declaración de inconstitucionalidad.

Este control preventivo es procesalmente más simple que la inaplicabilidad, y comparte buena parte de su tramitación, mas reconoce algunas diferencias en torno ciertos aspectos. La primera diferencia la encontramos en la legitimación activa, ya que

<sup>31</sup> *Ibid.* Art. 47-O.

<sup>32</sup> *Ibid.* Art. 47-P.

<sup>33</sup> *Ídem.*

<sup>34</sup> *Ídem.*

<sup>35</sup> *Ibid.* Art. 47-T.

<sup>36</sup> *Ibid.* Art. 47-U.

está acotada al Presidente de la República, a la Cámara de Diputados, el Senado, o por un cuarto de los miembros de cualquiera de las Cámaras<sup>37</sup>.

La oportunidad de presentación también varía, pues es desde que el proyecto es despachado del Congreso hasta antes de su promulgación por parte de la Presidencia de la República<sup>38</sup>.

En lo demás, la tramitación permanece bajo las mismas características. Con todo, cabe resaltar que en el artículo 44 se establece la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un proyecto de ley de oficio, por fundamentos diferentes a los esgrimidos por los legitimados.

Además, cabe resaltar que si el Tribunal declara a la ley conforme a la Constitución, no cabrá discutir su posterior inaplicabilidad<sup>39</sup>.

#### **4. Proceso de Control de Constitucionalidad en Brasil.**

En Brasil encontramos un control de constitucionalidad mixto, en el sentido que conviven un sistema de caso concreto, basado en el recurso extraordinario, y un sistema de orden abstracto, basado en un elenco de diferentes acciones constitucionales, a saber: la acción directa de inconstitucionalidad (ADI), la acción declaratoria de constitucionalidad (ADC), acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO), y la *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*<sup>40</sup>(ADPF).

Para efectos de este estudio, primero me referiré a los procedimientos de control concentrado, para luego referirme al recurso extraordinario.

##### a. Tramitación en el control abstracto.

<sup>37</sup> *Ibid.* Art. 38.

<sup>38</sup> *Ibid.* Art. 38-bis.

<sup>39</sup> *Ibid.* Art. 45.

<sup>40</sup> No pude idear una traducción leal para esta acción.

La tramitación de este procedimiento se encuentra en la ley 9.868 de 1999 y en el *Regimento* del Supremo Tribunal Federal. En general, es posible reconocer dos fases para distinguir la actividad del tribunal en el procedimiento de tramitación de las acciones de control abstracto: una etapa previa a la admisibilidad, donde se requiere del impulso de tribunal, y; una etapa posterior a la admisibilidad, donde el impulso procesal recae en las partes.

b. Acción directa de inconstitucionalidad.

Son legitimados para interponer la ADI el Presidente da República, la Mesa del Senado Federal, la mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa o la Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, un Gobernador de Estado o el Gobernador del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Estado de Brasil, algún partido político con representación en el Congreso Nacional, o una confederación sindical o entidad de clase de alcance nacional<sup>41</sup>. Para efectos de su presentación formal, quién la interpone debe expresar la disposición de la ley o del acto normativo a impugnar, y los fundamentos jurídicos de la petición en relación a cada una de las impugnaciones presentadas<sup>42</sup>. En caso de ineptitud de los fundamentos de la petición, esta podrá ser rechazada de plano, cabiendo un recurso de “agravio de decisión” contra la resolución que la rechaza<sup>43</sup>. Propuesta la ADI, no será admitido el desistimiento<sup>44</sup>. En caso de ser admitida a tramitación, el Tribunal deberá determinar quien será el relator, y este deberá requerir informaciones a las autoridades envueltas en el acto impugnado, teniendo treinta días para entregar la información requerida. Después de entregadas las informaciones requeridas, dentro del plazo de quince días serán escuchadas por el Tribunal el Abogado General de la Unión y el Procurador General de la República<sup>45</sup>. Terminados los plazos anteriores, el Ministro relator una enviará copia del relatorio a

<sup>41</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL. Ley N° 9.868, de 10 de Noviembre de 1999. Art. 2°.

<sup>42</sup> *Ibid.* Art. 3°.

<sup>43</sup> *Ibid.* Art. 4°.

<sup>44</sup> *Ibid.* Art. 5°.

<sup>45</sup> *Ibid.* Art. 8°.

cada ministro, y pedirá fecha para efectuar la respectiva audiencia de juicio, pudiendo pedir, en defecto de lo anterior, un plazo de treinta días para recabar más antecedentes<sup>46</sup>.

También hay cabida de medidas cautelares, siempre que sean adoptadas por la mayoría de sus miembros<sup>47</sup>.

c. Acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

El procedimiento no difiere mayormente, salvo en el siguiente aspecto: la demanda deberá señalar la omisión inconstitucional total o parcial en relación al cumplimiento del deber constitucional de legislar o en relación a la adopción de una providencia de índole administrativa, y señalar lo que se pide, con sus especificaciones<sup>48</sup>. Acá, las causales manifestadas son diferentes, pero la estructura del procedimiento es la misma. Igualmente, caben medidas cautelares adoptadas por la mayoría de sus miembros<sup>49</sup>.

d. Acción de Declaración de Constitucionalidad.

En este caso, hay más diferencias respecto de los procedimientos anteriores. En primer lugar, la legitimación activa es más acotada<sup>50</sup>. La petición deberá indicar, a diferencia de las otras acciones, junto a la disposición de ley o del acto normativo cuestionado, los fundamentos jurídicos de la petición, y la existencia de una controversia judicial relevante sobre la aplicación de la disposición objeto de la acción declaratoria<sup>51</sup>.

e. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*

Esta es una acción regulada en la ley 9.882 de 1999, y es una acción subsidiaria a las demás, que tiene como finalidad alcanzar a controlar la constitucionalidad de ciertos

<sup>46</sup> *Ibid.* Art. 9°.

<sup>47</sup> *Ibid.* Art. 10.

<sup>48</sup> *Ibid.* Art. 12 B.

<sup>49</sup> *Ibid.* Arts. 12 F, y 12 H.

<sup>50</sup> *Ibid.* Art. 13.

<sup>51</sup> *Ibid.* Art. 13.

actos que no tenían control conforme a las otras acciones. Así, se podrá interponer cuando tenga por objeto evitar o reparar la lesión a un precepto fundamental, resultante de un acto del poder público<sup>52</sup>, que también cabe contra actos de autoridad y legislación preconstitucional<sup>53</sup>.

Sobre su tramitación, en buena medida es similar a las señaladas. Son los mismos legitimados que para la ADI, y los requisitos de la demanda son un poco mayores. Estos son: la indicación del precepto fundamental que se considera violado, o en su caso, la indicación del acto cuestionado; la prueba de la violación del precepto fundamental; efectuar la petición con sus especificaciones, y; si fuera el caso, la comprobación de la existencia de la controversia judicial relevante sobre la aplicación del precepto fundamental que se considera violado<sup>54</sup>. Otra cosa interesante es que no cabrá el recurso de “agravio de decisión” si existe otra vía procesal para reclamar el punto que se señala<sup>55</sup>. En este caso, al igual que en los otros y para efectos de este estudio, se observa que una vez admitida a tramitación la acción, su gestión depende básicamente del tribunal.

f. Tramitación en el control concreto: el recurso extraordinario.

Este recurso, como forma de control de constitucionalidad difuso, está regulado en el Código de Proceso Civil de Brasil de 1973, y en el *Regimento* Interno del Supremo Tribunal Federal, teniendo una modificación este recurso con la ley N° 11.418, de 19 de diciembre de 2006. En pocas palabras, es posible aseverar que en este caso el impulso procesal está radicado fuertemente en la parte que lo interpone.

Para su tramitación, se deberá interponer ante el presidente o vicepresidente del Supremo Tribunal Federal, debiendo expresar en el escrito: la exposición de los hechos y del derecho, la demostración de la pertinencia del recurso interpuesto, y; las razones de la petición de reforma da decisión de la resolución recorrida<sup>56</sup>. Una vez interpuesto, se llamará a la contraparte a efectuar alegaciones, y después de ello, hay un plazo de

<sup>52</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL. Ley N° 9.882, de 3 de diciembre de 1999. Art. 1°.

<sup>53</sup> *Ibid.* Art. 2°.

<sup>54</sup> *Ibid.* Art. 3°.

<sup>55</sup> *Ibid.* Art. 4°.

<sup>56</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL. Código de Proceso Civil. 1973. Art. 541.

quinze días para que le tribunal admita o rechace la tramitación del recurso, los cuales sólo serán admitidos con efecto devolutivo<sup>57</sup>.

Quizá el aspecto más llamativo, y que ofrece una dificultad procesal mayor a quien interpone un recurso extraordinario, es que para que el recurso sea admitido debe demostrar una repercusión general, es decir, deberá demostrar una aptitud de contrariar las jurisprudencias arraigadas y pacíficas del tribunal al respecto, o deberá demostrar una aptitud de subvertir las sùmulas del Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup>. Esta barrera defensiva, en la práctica, hace muy complejo acceder a una decisión favorable con el recurso extraordinario.

Igualmente, si muchos recursos versan sobre un mismo tema o asunto, el Tribunal se limitará a examinar sólo uno, y en base a ese podrá desechar la admisibilidad de los recursos de fundamento idéntico<sup>59</sup>.

Si el recurso fuera desechado, existe, contra la resolución que lo deniega, un recurso especial llamado “agravio de instrumento”. Tendrá la parte agraviada un plazo de diez días para interponerlo desde la notificación de la resolución<sup>60</sup>.

Gracias a ello, la actividad que debe efectuar la parte para satisfacer su pretensión es mucho mayor que en el caso del control abstracto.

## 5. Conclusiones.

Conforme a lo expresado en las tramitaciones de los controles de constitucionalidad de Chile y de Brasil, en buena parte se han confirmado mis puntos de partida: los modelos austríaco y estadounidense no son puros, las dicotomías de tribunal *activo-reactivo* tampoco se encuentran puros en la práctica. En ambos procedimientos, cuando se apegan al modelo de control abstracto austríaco, el juez tiende a tener más

<sup>57</sup> *Ibid.* 542.

<sup>58</sup> *Ibid.* Art. 543-A.

<sup>59</sup> *Ibid.* Art. 543-B.

<sup>60</sup> *Ibid.* Art. 544.

atribuciones, alejándose del principio de inercia judicial. Esto queda de manifiesto en Chile con la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de oficio, a propósito de una declaración de inaplicabilidad, o en la poca participación de las partes en la ADI en Brasil, una vez que es acogida a tramitación.

En el caso de Brasil también, a propósito del Recurso Extraordinario como manifestación más próxima al sistema estadounidense, se puede apreciar que la actividad de la parte es mucho más relevante, teniendo la magistratura un rol evidentemente reactivo. Eso se ve muy acentuado con el fenómeno de la “jurisprudencia defensiva” afirmada en las *Súmulas* del Supremo Tribunal Federal.

Si bien este estudio es muy breve y acotado, ya que se refiere sólo al binomio activo-reactivo en razón de la actividad del juez en dos países, creo que es un buen inicio para intentar delimitar los principios formativos en las leyes que regulan el proceso constitucional, conforme el proceso de un país se aproxime más a un modelo o a otro. En este sentido, esfuerzos como la Comisión de Venecia podrían sugerir, a modo de preámbulo o de títulos de generalidades de las leyes de procedimiento constitucional, la escrituración de principios formativos. Esa es una innovación que ni Chile ni Brasil tienen, y creo que podría ser una buena herramienta de hermenéutica procesal constitucional al largo plazo.

### **Bibliografía**

DAMASKA, Mirjian. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (modelo Americano-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. En: *Direito Público* N° 2, 2003.

GOLDSCHIMDT, James. Principios Generales del Proceso. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Argentina. 1961.

GOZAÍNI, Osvaldo. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Rubenzal-Culzoni. Buenos Aires Argentina. 2006.

LACERDA, Galeno. Teoria Geral do Processo. Editora Forense. Rio de Janeiro. Brasil. 2008.

SILVA DA SILVA, Eduardo, *et al.* Teoria Geral do Processo. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. Brasil. 2002.

