

La Evolución de la “legalidad” aplicada a los actos administrativos y legislativos: tendencia al abandono de la lógica de la nulidad en favor de la lógica de la anulabilidad¹

Fernando Menezes de Almeida

Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. La Lógica de la Nulidad y la Lógica de la Anulabilidad; 3. La Comprensión de la Legalidad en la Tradición Constitucional Brasileña; 4. Vectores de Evolución Legislativa y Jurisprudencial; 5. Conclusión; Referencias.

Resumen: Este artículo pretende evidenciar, a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1988, una tendencia a la desvinculación entre las nociones de validez de la norma jurídica y su conformidad con la ley, permitiendo que la comprensión de la legalidad se base en una lógica de anulabilidad y no en una lógica de nulidad.

Palabras clave: Constitución de 1988; validez de la norma jurídica; legalidad; nulidad; anulabilidad.

1. Introducción

Como el derecho brasileño se inserta en la tradición del constitucionalismo occidental (Troper, 1994, p.203-205)², una premisa fundamental, de la cual deriva la comprensión de las bases constitucionales de su sistema jurídico, es la adopción de un modelo de estado de derecho.

Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Ninguna fórmula expresa mejor el espíritu del Estado de Derecho que la consagrada en el Artículo 30 de la Declaración de Derechos de Massachusetts de 1780: «gobierno por leyes, no por hombres». (Ferreira Filho, 1987, p.95)

En otras palabras, para utilizar el lenguaje kelseniano, se trata de sustituir la voluntad subjetiva de los individuos por la voluntad objetiva de la sociedad, una voluntad contenida en las leyes, como

¹ Este texto fue preparado con base en una invitación del Profesor Manoel Gonçalves Ferreira Filho para una reflexión colectiva sobre los “cambios” que la Constitución de 1988 había sufrido en su aplicación, independientemente de cualquier alteración a su texto, a lo largo de sus más de 30 años de vigencia; el mismo texto fue presentado, en una versión abreviada, en inglés, en un seminario de investigación organizado regularmente en la Universidad de Friburgo (Alemania), bajo la coordinación del Profesor Matthias Jestaedt, sobre la Teoría Pura del Derecho. Habiendo recibido la honorable invitación para presentar un artículo para el número inaugural de la revista *Plenário*, creí que sería pertinente, dada la conexión entre el tema de la legalidad y las actividades de la Cámara de Diputados, presentar estas ideas a una nueva publicación, considerando la posibilidad de que llegara a un lector diferente.

² Michel Troper señala tres acepciones (no excluyentes) del constitucionalismo: a) *lato sensu*, es la idea difundida desde el siglo XVIII de que todo Estado debe tener una constitución como forma de impedir el despotismo; b) *stricto sensu*, es la idea de que no sólo es necesaria una constitución, sino que ésta debe fundarse en ciertos principios, tendientes a evitar el despotismo, o, lo que no es exactamente lo mismo, a garantizar la libertad política; tales principios –y en este aspecto la ideología del constitucionalismo tiene variaciones– pueden ser los siguientes o algunos de ellos: la separación de poderes, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, el gobierno representativo, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes; c) *strictissimo sensu*, es la idea según la cual el resultado deseado (la libertad política o la imposibilidad del despotismo) sólo puede alcanzarse si entre los principios aquí indicados está el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

parámetro habilitante para definir el significado de las normas vinculantes de la conducta de los individuos (Kelsen, 1996, pp.34-35).

La legalidad, por tanto, se entiende como la traducción técnico-jurídica de la idea del Estado de derecho.

El sistema jurídico brasileño adopta claramente este modelo. En primer lugar, en virtud de la norma inaugural de la Constitución de 1988, que afirma la República Federativa del Brasil como un «Estado Democrático de Derecho» (art. 1).

En segundo lugar, debido al énfasis en la legalidad. Esta se presenta como un derecho fundamental aplicable a todas las personas, ya sea en su sentido formal (la ley como resultado del órgano que representa a la sociedad: art. 5, II), o en su sentido material (la ley como norma que tiende a ser general y abstracta, de modo que afecta por igual a todos los miembros de la sociedad: art. 5, *caput* y I), y también como un principio aplicable a la administración pública (art. 37, *caput*)³.

Tradicionalmente, en función de posiciones doctrinales, consagradas en la jurisprudencia, la legalidad fue (o quizás aún es) entendida de forma mayoritaria en el derecho brasileño, con el fin de promover la conexión inseparable de las nociones de validez y conformidad a la ley.

Sin embargo—es lo que este breve ensayo pretende destacar—ha habido, en estos más de 30 años de aplicación de la Constitución de 1988, una tendencia a desvincular las nociones de validez de la norma jurídica y su conformidad con la ley, abriendo camino para que la comprensión de la legalidad se dé por una lógica de la anulabilidad, en lugar de una lógica de la nulidad.

2. La Lógica de la Nulidad y la Lógica de la Anulabilidad

Como punto de partida de los desarrollos propuestos en este ensayo, establezcamos la idea de que el fenómeno de la invalidez de una norma jurídica puede explicarse básicamente de dos maneras: por una lógica de nulidad o por una lógica de anulabilidad.

Según la lógica de la nulidad, se supone que la invalidez de una norma surge, *ipso facto*⁴, de su no conformidad con los estándares establecidos por la ley para la creación de normas –o, en otras palabras, de su no conformidad con la legalidad (legalidad en sentido amplio, incluida aquí la constitucionalidad).

Mediante esta primera forma de explicar el derecho, se supone que una norma jurídica no será válida como consecuencia inmediata de su modo de ser (el modo en que fue producida), como si fuera un fenómeno natural, sin la intercesión de la voluntad humana.

En este caso, se supone que la postura del aplicador del derecho, frente a una norma “nula”, será la misma que la de un observador de la naturaleza que observa un hecho dado a priori (inmutable e inevitable): la norma no es válida—ya no era válida desde su creación—.

Y el acto de reconocer la nulidad sería un acto declarativo de una situación jurídica que no depende de la voluntad de quien aplica la ley (del cuerpo jurídico que reconoce la nulidad).

³ Además de otros casos específicos, que son desarrollos de esta categorización más general, como la legalidad en materia penal o tributaria.

⁴ Quiero decir *ipso facto*: como si fuera un fenómeno causal propio del mundo del ser (de naturaleza física), incluso antes de ser una consecuencia prevista por la ley (*ipso iure*). Volveré sobre este punto en la parte final del tema 3 de este ensayo.

Por otra parte, según la lógica de la anulabilidad, se supone que la invalidez de una norma surge de un acto de voluntad de quien aplica la ley, que también tiene en cuenta un juicio de incumplimiento de los estándares establecidos por la ley para la creación de normas (incumplimiento de legalidad), pero que no está mecánicamente condicionado por ese incumplimiento.

En esta segunda forma de explicar el derecho, se asume que una norma jurídica no será válida debido a una decisión volitiva de quien aplica la ley.

En este caso, se supone que la postura del aplicador de la ley, frente a una norma cuya validez se cuestiona, será la misma que la del creador de la ley: mediante un acto de voluntad, el aplicador de la ley retirará la validez de la norma – que, de no ser por esa decisión, seguiría siendo válida.

Y el acto de anulación sería entonces un acto constitutivo de una situación jurídica, basado en la voluntad de quien aplica la ley (la voluntad del órgano del ordenamiento jurídico autorizado para ello).

La explicación aquí dada sobre la nulidad y anulabilidad adopta una perspectiva de teoría general del derecho, buscando una aproximación científica a un fenómeno jurídico en un nivel abstracto, independientemente de un análisis de los usos lingüísticos o convenciones conceptuales que cierto derecho positivo hace en relación a las palabras “nulidad” y “anulabilidad”.

Por lo tanto, no es desconocido, por ejemplo, que el Código Civil brasileño trate el tema, distinguiendo entre actos nulos y anulables (artículos 166, 167 y 171) y dando a cada caso un régimen jurídico diferente⁵. Sin embargo, estas diferencias en el régimen jurídico son accidentales y no sustanciales, resultantes, debe repetirse, de las convenciones del lenguaje y los conceptos jurídicos utilizados por el legislador. Por supuesto, en una lectura científica del derecho positivo, también es necesario reconocer la existencia y operatividad de estos conceptos. En cualquier caso, hallazgos de este tipo no impiden, a nivel de teoría general, una búsqueda de una explicación más amplia y abstracta—esencial—para las situaciones descritas aquí como “nulidad” y “anulabilidad”.

En otras palabras, desde la perspectiva más abstracta de la teoría general del derecho, la nulidad y la anulabilidad se distinguen—como modelos teóricos para explicar la invalidez de la norma—por el entendimiento de que la primera se supone que opera *ipso facto*, dejando al aplicador de la ley declarar la situación jurídica consecuente, que preexiste en sí misma, y que la segunda se supone que opera a través de la voluntad humana que creó la norma, de modo que el aplicador de la ley constituye entonces (voluntariamente) una situación jurídica como consecuencia de una sentencia de invalidez.

Si las hipótesis primera o segunda –con independencia de que se denominen “nulidad” o “anulabilidad”—pueden practicarse de oficio o no, producir efectos retroactivos o no, coexistir con la convalidación o no, entre otras reglas de funcionamiento, es esta una opción accidental de cada sistema jurídico positivo.

Volviendo a la consideración de las categorías abstractas de nulidad y anulabilidad, podemos ver la alineación de la lógica de la nulidad con las premisas filosóficas del derecho natural, y la alineación de la lógica de la anulabilidad con las premisas filosóficas del derecho positivista.

⁵ Por ejemplo: “Art. 169. Un negocio jurídico nulo no es susceptible de confirmación ni se recupera con el paso del tiempo”; o “Art. 168, párrafo único: Las nulidades deben ser declaradas por el juez cuando tenga conocimiento del negocio jurídico o de sus efectos y los considere probados, y no podrá proporcionarlos, ni siquiera a petición de las partes”; o incluso “Art. 172. Un negocio anulable puede ser confirmado por las partes, salvo en el caso de derechos de terceros”.

En efecto, en el razonamiento de la nulidad está implícita una comprensión del fenómeno jurídico (del acto de creación normativa) como un fenómeno natural, que tiene una existencia independiente de la voluntad humana creadora –la esencia de las líneas de pensamiento del derecho natural.

A su vez, la esencia de las diversas líneas de pensamiento que pueden denominarse positivistas (o realistas) tienen en común el hecho de que centran la esencia del fenómeno jurídico (del acto de creación normativa) en la voluntad humana, lo que conduce, en el caso de que se trate, al razonamiento de la anulabilidad.

Emblemática, en este sentido, es la postura de Hans Kelsen (1962, pp.159-160), quien considera que «una norma perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino solo anulable» y que «la anulabilidad prevista por el orden jurídico puede tener diferentes grados», siendo uno de los extremos lo que tradicionalmente se denomina «nulidad» (anulabilidad con efectos *ex tunc*). Por lo tanto, no existe la nulidad de una norma como una situación dada antes de la decisión (legal), adoptada por un órgano competente, de retirarle su validez, decisión que tiene carácter constitutivo.

En sus palabras:

El significado del acto por el cual se destruye una norma, es decir, por el cual se anula su validez, es, como el significado de un acto por el cual se crea una norma, una norma. [...] Cuando el ordenamiento jurídico establece, por ejemplo, que una norma que no fue establecida por el órgano competente, o fue establecida por un individuo que ni siquiera tiene la condición de órgano, o una norma que tiene un contenido que la Constitución excluye, debe considerarse nula *a priori* y que, por lo tanto, no es necesario ningún acto para anularlas, es preciso determinar quién verificará la presencia de los requisitos previos para esta nulidad; y, dado que esta verificación tiene carácter constitutivo, dado que la nulidad de la norma en cuestión es el efecto de esta verificación, dado que no puede afirmarse jurídicamente antes de que se haya llevado a cabo dicha verificación, esta verificación significa, incluso cuando opera en forma de declaración de nulidad, la anulación, con efecto retroactivo, de una norma hasta entonces considerada válida. En este sentido, la Ley es como el Rey Midas: así como todo lo que tocaba se convertía en oro, también todo aquello a lo que se refiere la ley asume el carácter de ley. Dentro del ordenamiento jurídico, la nulidad es solo el grado máximo de anulabilidad. (Kelsen, 1962, pp.161-162)

Estas ideas suponen un desarrollo teórico relevante, igualmente rico en el ámbito de la Escuela de Teoría Pura del Derecho, sobre la existencia de un “margen de error” (Fehlerkalkül) inherente al derecho y de una “autorización alternativa” (Alternativermächtigung)⁶ para una decisión definitiva, en el caso de una decisión de última instancia (Kelsen, 1962)⁷.

Se trata de elementos teóricos que, entre otras aplicaciones, explican la coexistencia de actos normativos, igualmente válidos, pero que contienen manifestaciones de voluntad con contenidos conflictivos en cuanto a la conducta humana por ellos regida (por ejemplo: una sentencia judicial, cuyo contenido entra en conflicto con el contenido de una norma presente en la constitución, puede permanecer definitivamente válida por haber adquirido fuerza de *cosa juzgada* (cosa juzgada); o un acto administrativo, cuyo contenido entra en conflicto con el contenido de una norma contenida en

⁶ Sobre el tema, véase Rodrigo García Cadore, “Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül – Wie geht das Recht mit Fehlern um?” – a quien agradezco la discusión sobre el tema y otras referencias bibliográficas, incluyendo a Christoph Kletzer, “Kelsen's development of the Fehlerkalkül-theory”, y Philipp Reimer, “Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit – Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül”.

⁷ Según Kelsen (1962, p.146): “[...] el tribunal de última instancia tiene el poder de crear o bien una norma jurídica individual cuyo contenido esté predeterminado en una norma general creada por legislación o por medios consuetudinarios, o bien una norma jurídica individual cuyo contenido no esté predeterminado de esta manera, sino que será determinado por el propio tribunal de última instancia”.

una ley, puede permanecer definitivamente válido por el transcurso del tiempo, llevando a la caducidad de la facultad legal de la administración para retirarle su validez, o llevando a la prescripción de las acciones judiciales en el mismo sentido).

Desde un punto de vista personal, manifiesto mi sincero apoyo a la tesis de la anulabilidad, como modelo teórico adecuado para la comprensión del fenómeno jurídico.

Insisto: no afirmo que la nulidad no exista como disposición del derecho positivo brasileño (como ya se ejemplifica aquí con el Código Civil). Más bien, afirmo que incluso aquello que la ley llama nulidad, en esencia, no puede negar el poder creativo-volitivo del órgano que aplica la ley.

Aunque la situación de retirada de la validez de un acto jurídico se llame nulidad, su esencia será lo que aquí se llama anulabilidad, ya se trate de una anulabilidad con efectos retroactivos o no, o de una anulabilidad decidida de oficio o no.

Los argumentos de Kelsen son completos. Para comprobarlos, basta con examinar empíricamente la realidad social. Diariamente, se plantean cuestiones jurídicas idénticas ante diferentes profesionales del derecho —por ejemplo, jueces—, quienes pueden emitir sentencias en diferentes direcciones, todas ellas potencialmente definitivas y vinculantes. Este simple razonamiento demuestra que no existe una solución jurídicamente "correcta" a priori, es decir, una que surja de la naturaleza de las cosas, independientemente de las decisiones judiciales (que se consideran en el ejemplo).

Todo acto de aplicación del derecho, precisamente porque "aplica" el derecho, se basa en una norma previamente establecida, pero, al mismo tiempo, es en sí mismo esencialmente otra norma jurídica, que introduce efectos jurídicos en las situaciones a las que se aplica; en este sentido, todo acto de aplicación del derecho es también un acto de creación del derecho (Kelsen, 1962)⁸.

El acto de retirar la validez de otro acto jurídico solo ocurre mediante la acción voluntaria de un organismo encargado de hacer cumplir la ley; no es un movimiento espontáneo de las fuerzas de la naturaleza. Aunque, psicológicamente, en el fondo, quien ocupa el rol de agente de la ley se comporta como si simplemente observara una situación fáctica predefinida, este comportamiento, en realidad, expresa su decisión, su voluntad de hacerlo.

En situaciones jurídicas cotidianas, una persona que desea no estar sujeta a la incidencia de una norma (legal, administrativa, contractual, jurisdiccional) porque la considera contraria a la ley, debe movilizar a un órgano que aplique el derecho para decidir sobre su invalidez.

El simple incumplimiento de la norma por parte del sujeto, bajo el argumento (formulado subjetivamente en su interior) de que la entiende inválida, no produce el efecto jurídico de la invalidez: potencialmente, este sujeto sufrirá la sanción correspondiente; si eventualmente, de hecho, no la sufre, esto no significa que la norma incumplida no fuera válida, sino sólo que, concretamente, los órganos de aplicación de la ley no se movilizaron para desencadenar la aplicación de la sanción.

Esta motivación íntima de buena fe del sujeto que incumple una regla porque la entiende (subjetivamente) como inválida no tiene el poder, en sí misma, de crear una situación jurídica de

⁸ Según Kelsen (1962, p.87), «la aplicación del derecho es simultáneamente su producción. [...] De hecho, si dejamos de lado los casos límite —la presuposición de la norma fundamental y la ejecución del acto coercitivo— entre los que se desarrolla el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, regulada por esta norma, de una norma inferior».

verdadera invalidez de dicha regla; del mismo modo que no lo tiene la actitud del sujeto que deliberadamente incumple una regla que supone válida.

3. La Comprensión de la Legalidad en la Tradición Constitucional Brasileña

Como se afirma en la introducción de este texto –y como es bien sabido–, Brasil se alinea con la tradición del constitucionalismo occidental, adoptando un sistema de legalidad, tanto en su sentido formal como material.

La síntesis de esta idea, a nivel histórico, se expresa de manera ejemplar en el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Arte. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Arte. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Arte. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

La doctrina clásica extrae de estas reglas los dos significados fundamentales de la legalidad, complementarios y armoniosos: la legalidad formal y la legalidad material.

En sentido formal, el derecho es tomado como instrumento socialmente legitimado para definir los límites del ejercicio de la libertad humana – el acto jurídico producido por el órgano que representa la voluntad de los individuos, de acuerdo con el procedimiento previamente establecido en la norma básica de organización y definición de las competencias de los poderes estatales (constitución, en sentido amplio).

El sentido formal, por tanto, da prestigio a la noción política de libertad, asumiendo que cualquier restricción a su ejercicio resultará de una decisión directa o indirectamente relacionada con la voluntad de los propios individuos (cuya libertad queda así disciplinada en su ejercicio).

Este es el sentido que corresponde, en la actual Constitución brasileña, a lo dispuesto en el art. 5, II: “nadie estará obligado a hacer o dejar de hacer nada sino en virtud de ley”.

En sentido material, se entiende que la ley debe tender a ser general y abstracta, es decir, debe aplicarse a cualesquiera destinatarios, no previamente identificados, cuya conducta coincida con la hipótesis de incidencia de la ley (“general”); y, además, debe formular hipótesis de incidencia orientadas a casos futuros y no a situaciones concretas ya ocurridas (“abstractas”).

El sentido material, por lo tanto, otorga prestigio a la noción política de igualdad, admitiendo que la ley, al ser general y abstracta, no tiende a crear privilegios ni a fomentar la persecución, tratando a todos los miembros de la sociedad por igual (Duguit, 2007, p.96)⁹, incluso si esta igualdad implica la

⁹ En palabras de Léon Duguit (2007, p.96): “On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu'ils

fórmula clásica de tratar a los desiguales de forma desigual en la medida de su desigualdad. Este es el sentido que corresponde, en la Constitución brasileña vigente, a lo dispuesto en el artículo 5, *caput*: «Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza [...]».

La afirmación de que todos son iguales ante la ley no es una prohibición constitucional de las leyes (en sentido formal) que sean individuales y/o concretas.

El alcance de la legalidad material implica, por lo tanto, que, si se produce una ley individual o concreta (en sentido formal), esta debe basarse en una disposición anterior y superior¹⁰, que es necesariamente general y abstracta. En otras palabras, las leyes individuales o concretas no son necesariamente inconstitucionales, pero pueden considerarse inconstitucionales (por violar la regla de igualdad de todos ante la ley) si no se basan en un criterio constitucional de discriminación¹¹.

El sistema de legalidad (formal y material) de la Constitución brasileña se aplica como garantía de las libertades y derechos fundamentales de los individuos (art. 5) y tiene el efecto de condicionar toda acción estatal – especialmente la acción ejecutiva, en el ejercicio de la función administrativa – a operar dentro de los límites de la legalidad (art. 37).

De hecho, la legalidad es un principio de la administración pública, como se establece expresamente en el encabezamiento del artículo 37 de la Constitución. Este texto solo menciona el término «legalidad», sin describirlo mediante una fórmula analítica; sin embargo, se entiende que se refiere tanto al sentido formal como al material del derecho, este último reforzado por la disposición del principio de impersonalidad, en la misma lista de principios de la administración pública que figura en el artículo 37.

La legalidad aplicada a los individuos, precisamente porque se trata de sujetos dotados de voluntad subjetiva (libre albedrío), tiene como corolario que la conducta no prohibida por la ley se considera libre.

La legalidad aplicada a la administración pública, basada en la premisa fundamental del Estado de Derecho –en el sentido de que el Estado no tiene voluntad subjetiva, es decir, que la voluntad del Estado no es la voluntad subjetiva de los gobernantes, sino la voluntad objetiva de la ley–, tiene como consecuencia que la Administración sólo puede actuar dentro de los límites de la ley.

No es necesario considerar una voluntad (libre albedrío) de la Administración (o, más ampliamente, del Estado) más allá de los límites de la ley, lo que supuestamente podría justificar una conclusión análoga a la aplicable a los particulares, en los términos del citado artículo 5, apartado II. Si partimos de la premisa del Estado de Derecho, toda voluntad de la administración se limita a la voluntad (objetiva) contenida en la ley.

Esta comprensión de la legalidad, tradicionalmente denominada «estricta», aplicable a la Administración, conduce a la clásica discusión sobre el alcance de este vínculo entre la Administración y la ley. De hecho, la idea expresada por la doctrina en fórmulas como «la Administración solo puede

étaient liés par la règle générale formulée d'une manière abstraite sans considération ni d'espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l'individu s'est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants; car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d'arbitraire qu'une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance».

¹⁰ En el caso del derecho formal, dicha disposición superior debe estar en la propia Constitución.

¹¹ Véase, por ejemplo, los casos de leyes que crean las llamadas acciones afirmativas.

actuar dentro de los límites de la ley» o «la Administración solo puede hacer lo que la ley determina», entre otras, es necesariamente imprecisa.

¿Cuáles son estos límites de la ley? ¿Cómo determina la ley efectivamente la conducta de la Administración? ¿Previendo detalladamente todos los elementos de esta conducta? ¿Previendo todas las circunstancias concretas de los casos de incidencia de la ley, para describir con precisión la conducta que debe adoptar el administrador?

Estas preguntas abren espacio para cualquier discusión sobre la discreción administrativa y sobre los grados de vinculación a la ley, que van desde una noción de “conformidad” (identidad más estricta) hasta una noción (más fluida) de “no contrariedad” entre el acto administrativo y la disposición legal –para utilizar aquí la famosa formulación de Charles Eisenmann (2014, p.535 y siguientes).

Dado el objetivo de este ensayo, no es el caso ahondar en la discusión de la legalidad desde esta perspectiva de vinculación y discrecionalidad.

Por otra parte, de la misma noción básica de legalidad aplicada a la administración pública, se deriva, en la doctrina tradicional del derecho administrativo, la comprensión de que la Administración no puede, de ninguna manera, realizar actos que no se ajusten a los mandatos de las leyes¹²; o, incluso, que cualquier incumplimiento implica, inexorablemente, la invalidez del acto administrativo.

Se trata de un razonamiento que implícitamente prescinde de la base de todo razonamiento realista-positivista, encaminado a un análisis científico y objetivo del derecho: la distinción entre ser y deber ser (Kelsen, 1962, pp.203-212).

La tesis tradicional de la nulidad de un acto administrativo confunde, al menos implícitamente, el deber de la Administración de cumplir la ley con el (supuesto) hecho de que la Administración actúa, por fuerza de la naturaleza, necesariamente de acuerdo con la ley (Kelsen, 1996)¹³. Como corolario, en lugar de considerar que un acto administrativo contrario a la ley puede ser objeto de revocación de validez por otro acto jurídico que verifique esta contradicción (anulando así el primero), la tesis tradicional asume que un acto administrativo contrario a la ley es un acto sin validez (nulo). inicial e ipso hecho.

De hecho, ésta era la misma visión que la doctrina aplicaba tradicionalmente a la inconstitucionalidad de las leyes: la no conformidad de la ley con la Constitución conduce inexorablemente a su invalidez.

En cuanto a la inconstitucionalidad, véase el análisis de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre la postura de la doctrina tradicional:

¹² Esta cuestión del cumplimiento de los mandatos legales abre el camino a otra discusión presente en la doctrina brasileña contemporánea: la defensa de sustituir la noción de conexión con la legalidad —como si la legalidad significara apego a la literalidad de la ley— por la noción de conexión con el derecho (incluyendo aquí la Constitución y todos los valores que de ella se derivan). Esta postura se inscribe en el mismo marco de constitucionalización del derecho, que se menciona más adelante.

¹³ Es la confusión engañosa, denunciada por Kelsen, entre “necesidad causal” y “necesidad normativa”: “La règle de fait peut avoir le caractère d’une loi causale, en vertu de laquelle, sous certaines conditions, quelque chose de déterminé doit nécessairement avoir lieu. L’expression de ‘falloir-être’ exprime la nécessité causale. Si l’on admet que le devoir-être exprime aussi une nécessité, il faut distinguer clairement la nécessité causale de la nécessité normative. Mais, comme dans la langue usuelle, le terme ‘norme’ peut signifier, non seulement une règle normative, mais aussi une règle de fait, les deux sortes de nécessité ne sont pas parfois clairement distinguées entre elles, les mots de ‘devoir-être’ et de ‘falloir-être’ sont utilisés comme des synonymes, ce qui est extrêmement trompeur” (Kelsen, 1996, p. 11). [Buscando expresiones en español, “devoir-être” se entiende como “deber ser” y “falloir-être” como “tener que ser”.]

La naturaleza del acto inconstitucional, como lo enseña tradicionalmente la doctrina, tanto extranjera (p. ej., Marshall) como brasileña (p. ej., Rui), es nula y sin valor. Por lo tanto, no es vinculante y no puede aplicarse. O, si se aplica, esta aplicación es nula y sin valor. Por lo tanto, el efecto de la declaración de nulidad es retroactivo *ex tunc*, no siendo válidos los actos realizados bajo su imperio.

En Brasil, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ha declarado reiteradamente la nulidad del acto inconstitucional, como lo exige la doctrina clásica. (Ferreira Filho, 2015, p.63)

En cuanto a los actos administrativos, remítase al cargo emblemático de Hely Lopes Meirelles:

Acto nulo es aquel que nace afectado por un defecto irremediable debido a la ausencia o defecto sustancial en sus elementos constitutivos o en el procedimiento formativo. La nulidad puede ser explícita o virtual. Es explícita cuando la ley la impone expresamente, indicando los defectos que la originan; es virtual cuando la invalidez resulta de la infracción de principios específicos de derecho público, reconocidos por la interpretación de las normas relativas al acto. En cualquiera de estos casos, sin embargo, el acto es ilegítimo o ilegal y no produce ningún efecto válido entre las partes, por la obvia razón de que no se pueden adquirir derechos contra la ley. [...] Aunque algunos autores admiten el acto administrativo anulable, sujeta a validación, no aceptamos esta categoría en derecho administrativo, por la imposibilidad de que el interés privado prevalezca sobre el interés público, y no es admisible el mantenimiento de los actos ilícitos, aunque las partes así lo quieran, porque a ello se opone la exigencia de legalidad. Administrativo. De ahí la imposibilidad legal de validar el acto considerado anulable, que no es más que un acto originalmente nulo. (Lopes Meirelles, 1989, pp.149-150)

En materia de actos administrativos y su “nulidad”, la jurisprudencia del STF se había cristalizado hacía tiempo en torno a la *Súmula nº 473* (o, como podría decirse más fielmente a la terminología original: Declaración nº 473 de la *Súmula do STF*), aprobado el 3 de diciembre de 1969:

La Administración puede anular sus propios actos, cuando adolezcan de vicios que los hagan ilegales, por no derivar de ellos derechos; o revocarlos, por razones de conveniencia u oportunidad, respetando los derechos adquiridos, y en todo caso, sujeto a revisión judicial.

Las sentencias que se invocan oficialmente como precedentes para la formulación de la *Súmula nº 473*¹⁴, así como varias otras que lo aplican en años posteriores, parten de la premisa de que los actos ilícitos, por eso mismo, no generan derechos y pueden (deben) ser anulados¹⁵ —es decir, reconocerse su invalidez —en cualquier momento.

4. Vectores de evolución legislativa y jurisprudencial

Sin embargo, incluso sin una adhesión expresa o consciente a la lógica de la anulabilidad desde la perspectiva de la teoría jurídica general, una parte sustancial de la doctrina brasileña pasó a sustentar, después de los primeros años de aplicación de la Constitución de 1988, la necesidad de una mayor atención a la seguridad jurídica.

En términos generales, la Constitución de 1988 amplió las facultades del Poder Judicial y de los órganos de control de la Administración. Lo hizo directamente, ampliando las facultades y los instrumentos de control, o indirectamente, recurriendo a formulaciones muy basadas en principios, cuya aplicación es más propensa a la creatividad interpretativa del Poder Judicial¹⁶.

¹⁴ RMS 16935 (DJ 24/5/1968), MS 12512 (DJ 1/10/1964), MS 13942 (DJ 24/9/1964) y RE 27031 (DJ 4/8/1955).

¹⁵ Aquí la palabra “anulado” se refiere a “invalidado”, no implicando adhesión a la tesis de la anulabilidad, como se desprende de la interpretación sistemática de la jurisprudencia en cuestión.

¹⁶ No vale la pena desarrollar aquí este punto, pero queda la referencia a toda la discusión sobre la politización de la justicia y la judicialización de la política en el régimen de 1988 –cuyo análisis pionero fue hecho por Manoel Gonçalves

Esta expansión también se produce en el contexto de la ampliación del alcance normativo de la propia Constitución, que cuenta con un texto extremadamente extenso, detallado e inclusivo de temas que normalmente podrían considerarse de tratamiento infraconstitucional. Este fenómeno se describe como la constitucionalización del derecho (Guastini, 2002) ¹⁷.

Este movimiento hacia la constitucionalización del derecho y la ampliación del papel del Poder Judicial (si no incluso de su activismo) tiene como consecuencia, en términos de la aplicación de la ley, el compromiso de la seguridad jurídica.

La forma como se estructura el ejercicio de la función jurisdiccional en Brasil, con un sistema difuso de control de constitucionalidad, donde cualquier juez, en cualquier instancia, puede decidir sobre la inconstitucionalidad de leyes o actos administrativos, sin embargo sin los temperamentos de un sistema de valoración de precedentes (como en el caso de los países de *common law*), e incluso en un contexto en que la propia Constitución ofrece argumentos para, con un amplio margen de maniobra interpretativa, cuestionar la constitucionalidad (cuestionar la legalidad, en un sentido más amplio) de cualquier norma, resulta un factor evidente de inseguridad respecto de la previsibilidad y permanencia de las reglas establecidas en las leyes, los actos administrativos y los contratos o los actos jurídicos individuales en general.

Es cierto que, en esa situación, el propio Poder Judicial u otros órganos de control han adoptado mecanismos para contener y mitigar esos efectos – por ejemplo: nuevos mecanismos de control principal y abstracto de la constitucionalidad de las leyes, con competencia concentrada en el Supremo Tribunal Federal; sumarios y otras fórmulas para vincular a otros órganos jurisdiccionales a las decisiones del STF; recurso a términos de ajuste de conducta o similares.

Sin embargo, otra línea de acción, también encaminada a buscar una mayor seguridad jurídica, surgió de la iniciativa legislativa, apoyada por una nueva escuela de pensamiento doctrinal y posteriormente avalada por la jurisprudencia.

Esta tendencia legislativa, si se analiza desde una perspectiva científica, de teoría general, puede identificarse con lo que en este ensayo se ha denominado una lógica de la anulabilidad.

Citaré tres ejemplos muy significativos, dentro del ámbito de la legislación vigente. En primer lugar, en materia de actos administrativos, la *lei geral de processo administrativo federal, Lei n.º 9.784/1999*¹⁸, reiteró los términos del mencionado *Súmula n.º 473 do STF* (solo cambiando el verbo «podrá» por «deberá», un significado que, en cualquier caso, ya se le atribuía a la jurisprudencia resumida), pero introdujo elementos que, en su momento, constituyeron innovaciones importantes:

Ferreira Filho, en “Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça”—y sobre el activismo judicial—objeto de estudio de Elival da Silva Ramos, en *Activismo judicial: parámetros dogmáticos*.

¹⁷ Numerosas obras tratan el tema, y cabe mencionar, como resumen conceptual, el pensamiento de Riccardo Guastini: “un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante”, lo que conlleva las siguientes consecuencias principales: (i) que la legislación deja de ser considerada una actividad libre en sus fines, y se convierte en una actividad discrecional (en cuanto a la elección de medios) condicionada a la consecución de fines preestablecidos por la Constitución; (ii) que los jueces tienen la facultad y el deber de aplicar no solo las leyes, sino también la Constitución: ya sea una aplicación directa de la Constitución, considerada como norma vinculante, o una aplicación de las leyes en una interpretación que siempre las adapta a la Constitución; (iii) que las relaciones privadas también están condicionadas por la Constitución; (iv) que incluso la doctrina se ve guiada por la Constitución, buscando en ella el fundamento axiológico de las leyes y tendiendo a exponer el contenido normativo como un mero desarrollo de los principios constitucionales (Guastini, 2002, pp.148-155).

¹⁸ Acompañada o incluso precedida por leyes similares de otras esferas de la federación – como es el caso de la *Lei n.º 10.177/1998*, del Estado de São Paulo.

el plazo para que la Administración ejerciera su facultad de anular ciertos actos ilegales y la posibilidad de convalidarlos.

Art. 53. La Administración debe anular sus propios actos, cuando adolezcan de vicios jurídicos, y puede revocarlos por razones de conveniencia u oportunidad, respetando los derechos adquiridos.

Art. 54. El derecho de la Administración a anular los actos administrativos que produzcan efectos favorables para los destinatarios prescribe a los cinco años, contados desde la fecha en que se ejecutaron, salvo que se pruebe mala fe.

§ 1 En el caso de efectos patrimoniales continuos, el plazo de prescripción se contará desde la recepción del primer pago.

§ 2 Se contempla el ejercicio del derecho de anulación de cualquier acto de autoridad administrativa que implique impugnación de la validez del acto.

Art. 55. En decisión que demuestre que no causan daño al interés público ni perjuicio a terceros, los actos que presenten vicios subsanables podrán ser convalidados por la propia Administración.

En ambas hipótesis introducidas como novedades por la *Lei nº 9.784/1999* (arts. 54 y 55), el resultado es una situación en la que un acto administrativo, que no se ajusta a un parámetro legal según el cual debería haber sido producido, puede permanecer válido, ya sea porque no puede ser invalidado (permaneciendo como fue originalmente practicado), ya sea porque ha sido convalidado (preservando así sus efectos originales) (Barbin, 2019).

En segundo lugar, en cuanto a la inconstitucionalidad de las propias leyes, la *Lei nº 9.868/1999* y la *Ley nº 9.882/1999*, que tratan respectivamente de las acciones directas de inconstitucionalidad y de la alegación de incumplimiento de un precepto fundamental, establecieron la posibilidad de que el STF reconozca la no conformidad de una ley o acto normativo con la Constitución, manteniendo aún los efectos (pasados) de la norma inconstitucional – o incluso manteniendo la validez de la norma para seguir produciendo (nuevos) efectos hasta un determinado plazo futuro:

Art. 27. Al declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo, y atendiendo a razones de seguridad jurídica o de interés social excepcional, el *Supremo Tribunal Federal* podrá, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de dicha declaración o decidir que solo surtirá efectos a partir de su firmeza o a partir de otro momento que se determine. (*Lei n.º 9.868/1999*)

Art. 11. Al declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo, en el proceso de alegar el incumplimiento de un precepto fundamental, y considerando razones de seguridad jurídica o interés social excepcional, el *Supremo Tribunal Federal* podrá, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de dicha declaración o decidir que solo surtirá efectos a partir de su sentencia firme o a partir de otro momento que se determine. (*Lei n.º 9.882/1999*)

Y un tercer ejemplo, más reciente, lo dan los artículos introducidos por la *Lei nº 13.655/2018* en la *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)* (Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño), de los que se destacan, sobre el punto en cuestión, los siguientes:

Art. 20. En el ámbito administrativo, contralor y judicial no se tomarán decisiones con base en valores jurídicos abstractos sin considerar las consecuencias prácticas de la decisión.

Párrafo único. La motivación deberá demostrar la necesidad y la idoneidad de la medida impuesta o la invalidación de un acto, contrato, ajuste, proceso o norma administrativa, incluso considerando posibles alternativas.

Art. 21. La decisión que, en el ámbito administrativo, contralor o judicial, decreta la invalidez de un acto, contrato, ajuste, proceso o norma administrativa deberá señalar expresamente sus consecuencias jurídicas y administrativas.

Párrafo único. La decisión a que se refiere el encabezamiento de este artículo deberá, cuando corresponda, indicar las condiciones para que la regularización se lleve a cabo de manera proporcional y equitativa, sin perjuicio de los intereses generales, y no podrá imponer a las partes afectadas cargas o pérdidas que, debido a las peculiaridades del caso, sean anormales o excesivas.

El artículo 20 permite que, incluso en caso de disconformidad con la norma que fundamenta la validez de un acto, la invalidez de dicho acto no se reconozca necesariamente. El artículo 21, por su parte, permite al órgano responsable de invalidar una norma o un acto jurídico (que sigue siendo una norma) determinar los efectos específicos de la invalidación, es decir, modular dichos efectos.

Todas estas leyes, citadas a modo de ejemplo, invocan expresamente la idea de seguridad jurídica como base de la opción de política legislativa adoptada.

En cuanto a la *Lei n.º 9.868/1999* y la *Lei n.º 9.882/1999*, los artículos aquí transcritos ya mencionan la seguridad jurídica. En cuanto a la *Lei n.º 9.784/1999* y la LINDB, la seguridad jurídica se menciona en otras disposiciones:

Art. 2º La administración pública deberá observar, entre otros, los principios de legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, plena defensa, sistema contradictorio, seguridad jurídica, interés público y eficiencia. (*Lei n.º 9.784/1999*)

Art. 30. Las autoridades públicas deben actuar para aumentar la seguridad jurídica en la aplicación de las normas, incluso mediante reglamentos, resúmenes administrativos y respuestas a consultas. (LINDB)

La jurisprudencia del STF, en lo que se refiere a la cuestión de la invalidez de actos administrativos, en la primera década del siglo XXI, incluso para casos no cubiertos por la vigencia de la *Lei n.º 9.784/1999* – casos involucrando hechos practicados antes de la vigencia de la Ley, pero que sólo llegaron a consideración del STF en fecha posterior – estableció progresivamente el entendimiento de que el principio de seguridad jurídica, implícito en la cláusula constitucional del Estado de Derecho, ya sería suficiente para impedir la invalidez de actos administrativos practicados un determinado tiempo atrás.

Son varios los ejemplos en que el STF invocó el principio de seguridad jurídica, admitiendo que la *Lei n.º 9.784/1999* no podía aplicarse retroactivamente al caso, para adoptar el plazo de cinco años de su art. 54 como parámetro de nulidad de los actos administrativos¹⁹.

Posteriormente, con la llegada al STF de casos que ya habían sido juzgados en tribunales inferiores con base en la Ley n.º 9.784/1999, se consolidó la jurisprudencia en el sentido de admitir la persistencia de la validez de actos administrativos que puedan ser incompatibles con la ley en que se fundamentan²⁰.

¹⁹ Cítense, entre otros muchos ejemplos, MS 24.268 (juzgado el 5/2/2004), MS 22.357 (juzgado el 27/5/2004), RE 348.364 AgR-AgR-AgR-AgR (juzgado el 14/12/2004), RE 329.001 AgR (juzgado el 23/8/2005), MS 24.927 (juzgado el 28/9/2005), MS 26.353 (juzgado el 6/9/2007), MS 24.448 (juzgado el 27/9/2007), MS 26.405 (juzgado el 17/12/2007), MS 25.963 (juzgado el 23/10/2008).

²⁰ No sería necesario citar ejemplos, ya que existen muchas situaciones. Una simple búsqueda en el sitio web del STF de sentencias que se refieran a la aplicación del artículo 54 de la *Lei 9.874/1999* arroja más de 280 resultados.

En el mismo sentido, después de la *Lei nº 9.868/1999* y la *Lei nº 9.882/1999*, el STF pasó a aplicar la modulación de los efectos de la inconstitucionalidad²¹, a veces incluso manteniendo como válida la ley reconocida como inconstitucional, para seguir produciendo efectos hasta un período futuro²².

Analizando, por tanto, la posición del STF, se puede percibir que, más por una preocupación con las consecuencias prácticas de la inseguridad jurídica, que por una adhesión consciente a una perspectiva teórica de comprensión del fenómeno jurídico, el derecho brasileño evolucionó hacia una lectura de la legalidad (en sentido amplio, incluida la constitucionalidad) a través de la lógica de la anulabilidad, desconectando “conformidad de la norma jurídica con la ley” (incluida la constitución) y “validez de la norma jurídica”.

5. Conclusión

La propuesta del trabajo en que se inserta este artículo, según sus organizadores, es analizar disposiciones de la Constitución de 1988 que, en los más de 30 años de su vigencia, han cobrado nuevo sentido interpretativo, validado en la jurisprudencia, sin que haya habido un cambio expreso en su texto normativo.

Los ejemplos utilizados en este ensayo se refieren, por supuesto, a cambios legislativos infraconstitucionales. Sin embargo, la forma en que se produjeron dichos cambios indica que los propios cambios legislativos (en rigor, innovaciones legislativas) siguieron una tendencia evolutiva ya observada en la jurisprudencia del STF y verificada en parte del pensamiento doctrinal.

En todo caso, la consolidación de estas innovaciones se produjo en un contexto de cambio de interpretación del alcance del principio constitucional de legalidad, aplicado a la administración (el Estado), sin que se haya producido ninguna modificación del texto constitucional al respecto.

La misma disposición textual de legalidad persiste en la Constitución, pero la interpretación que el STF pasó a darle permitió la aceptación, como constitucionales, de las disposiciones legales antes mencionadas, trabajadas como ejemplos en este ensayo.

Al aceptar las consecuencias de la seguridad jurídica sobre la legalidad, el STF no realizó una ponderación de estos dos principios. De hecho, consideró que la garantía de la seguridad jurídica está implícita en la noción de legalidad (legalidad en sentido amplio: como se indicó al inicio de este ensayo, la traducción técnico-jurídica del Estado de Derecho)²³.

²¹ Asimismo, existen innumerables casos en los que el STF aplica el art. 27 de la Ley 9.868/1999. De hecho, este mismo artículo es objeto de dos acciones de inconstitucionalidad directa, interpuestas en el año 2000 y que, hasta la fecha de redacción de este ensayo (consultadas en el sitio web del STF el 30 de abril de 2021), no han sido juzgadas: la ADI 2.154 y la ADI 2.258. Sin embargo, la aplicación del mencionado artículo de la ley durante este período es un claro indicio del probable fracaso de estas ADI.

²² Por ejemplo, el caso de RE 197.917 (juzgado el 6/6/2002), en el que el STF, interpretando la regla constitucional sobre proporcionalidad entre población y número de concejales, redujo el número de escaños en un determinado Ayuntamiento, pero fijó efectos “pro futuro” en la declaración incidental de inconstitucionalidad de la ley municipal en cuestión, que solo produciría efectos en las elecciones siguientes; o los casos de ADI 3.316 (juzgado el 9/5/2007), ADI 2.240 (juzgado el 9/5/2007), ADI 3.489 (juzgado el 9/5/2007) y ADI 3.689 (juzgado el 10/5/2007), en los que se discutió la constitucionalidad de las leyes estatales de creación de municipios, en desacuerdo con las reglas introducidas por la Enmienda Constitucional n.º 15/1996, en los que el STF mantuvo la validez de leyes inconstitucionales por un período de 24 meses.

²³ Como ejemplos de casos en los que el STF afirma expresamente el principio de seguridad jurídica como implícito en el Estado de derecho, podemos mencionar, entre muchos otros: MS 22.357 (juzgado el 27/05/2004), RE 348.364 AgR-AgR-AgR (juzgado el 14/12/2004), MS 24.448, (juzgado el 27/09/2007), RE 587.604 AgR, (juzgado el

En otras palabras, el STF amplió la interpretación del principio de legalidad, al concebir en él la necesidad de garantizar la seguridad jurídica –permitiendo separar entre “incumplimiento de la ley” e “invalides”; y, por tanto, abandonando la lectura tradicional de legalidad (incluida aquí la constitucionalidad).

Es cierto que el STF no abandonó la terminología tradicional, refiriéndose con mucha frecuencia a las categorías de nulidad y anulabilidad²⁴ – no por posición de teoría general, sino principalmente por la distinción que antes se decía accidental, apuntando a las consecuencias atribuidas a esas palabras por el derecho positivo brasileño.

En este sentido, véase la comprensión de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, analizando la “naturaleza del acto inconstitucional”:

Cabe señalar, sin embargo, que el derecho brasileño se acerca cada vez más a la tesis de Kelsen. De hecho, las Leyes núm. 9.868/1999 y núm. 9.882/1999, antes mencionadas, sin negar por completo la tesis de la nulidad del acto inconstitucional²⁵, permiten atenuar los efectos del reconocimiento de la inconstitucionalidad. (Ferreira Filho, 2015, p.64)

En todo caso, entendida la distinción teórica inicialmente señalada en este ensayo, se puede concluir que la interpretación del principio de legalidad aplicable a la administración pública (explícito en el *caput* del art. 37) –así como, en sentido más amplio, del principio de legalidad para abarcar la constitucionalidad de las propias leyes– cambió a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1988 para acoger sustancialmente la lógica de la anulabilidad.

A nivel personal, considero que este es un avance importante y acertado. La lógica de la anulabilidad implica un mayor respeto por las posiciones institucionales (objetivas), con una apreciación de la competencia de los órganos de la sociedad con poder para decidir sobre la aplicación del derecho, desviando así el énfasis de las posiciones (subjetivas) de quienes ejercen las funciones de estos órganos: se trata esencialmente de la misma distinción entre la postura positivista de defensa de la objetividad del derecho (esencia del Estado de derecho) y las posturas naturalistas, vulnerables a los valores subjetivos de quienes ejercen funciones estatales y que pretenden comprender el derecho basándose en verdades reveladas dogmáticamente (y aprehendidas subjetivamente por ellos mismos), independientemente de las decisiones volitivas (objetivas) de la sociedad.

Referencias

BARBIN, Emilie. La régularisation des actes administratifs. 2019. Tesis doctoral. Université Jean Moulin Lyon 3 y Universidade de São Paulo, 2019.

16/12/2008), MS 25.403 (juzgado el 15/09/2010), RE 601914 AgR (juzgado el 06/03/2012), MS 22.315 (juzgado el 17/04/2012), RE 646.313 AgR (juzgado el 18/11/2014), ADI 954 ED (juzgado el 20/06/2018).

²⁴ Una vez más, habría innumerables ejemplos que citar. A modo de ilustración, cabe destacar la siguiente frase, contenida en la sentencia RE 1162788 (dictada el 25/09/2018): «El art. 54 de la Ley n.º 9.784/1999, aplicable al presente caso, se basa en la importancia de la seguridad jurídica en el ámbito del derecho público, estableciendo un plazo de prescripción de cinco años para la revisión de actos administrativos defectuosos (ya sean nulos o anulables).

²⁵ Como ejemplo significativo de la persistente reverencia del STF por la idea de nulidad (aunque sustancialmente le da un alcance que la teoría general llamaría anulabilidad), se cita el siguiente extracto del resumen de una decisión: “La modulación temporal de las decisiones en control judicial de constitucionalidad deriva directamente de la Carta de 1988, ya que encarna un instrumento destinado a la acomodación optimizada entre el principio de nulidad de las leyes inconstitucionales y otros valores constitucionales relevantes, en particular la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima, además de encontrar apoyo también en el plano infraconstitucional (Ley n.º 9.868/1999, art. 27)” (ADI 4.425 QO, j. 25/3/2015).

CADORE, Rodrigo Garcia. Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül: Wie geht das Recht mit Fehlern um? En: JESTAEDT, Matthias; POSCHER, Ralf; KAMMERHOFER, Jörg (eds.). Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2020.

DUGUIT, Léon. Manuel de droit constitutionnel. Paris: Éditions Panthéon Assas, 2007 (edición facsimilar de Paris: Fontemoing, 1923, 4ª ed.).

EISENMANN, Charles. Cours de droit administratif. t. II. Paris: LGDJ Lextenso, 2014 (edición facsimilar de Paris: LGDJ, 1983).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ideias para a nova Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 198, 1994.

GUASTINI, Riccardo. La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento. En: MAZZARESE, Tecla (ed.). Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali. Torino: G. Giappichelli, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, vols. I y II. (traducido por João Baptista Machado, a partir de la 2ª edición, de 1960). Coimbra: Arménio Amado, 1962.

KELSEN, Hans. Théorie générale des normes. (traducido por Olivier Beaud y Fabrice Malkani, a partir de la edición de 1979). Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TROPER, Michel. Pour une théorie juridique de l'état. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.