



CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

I. Generalidades	19
II. Origen y evolución del fenómeno	21
III. La constitucionalización del derecho en Brasil	31
1. El derecho infraconstitucional en la Constitución	31
2. La constitucionalización del derecho infraconstitucional	32
3. La constitucionalización del derecho y sus mecanismos de actuación práctica	35
IV. Algunos aspectos de la constitucionalización del derecho	38
1. Derecho civil	38
2. Derecho administrativo	45
3. Derecho penal	52
V. Constitucionalización y judicialización de las relaciones sociales	56

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

I. GENERALIDADES

La expresión *constitucionalización del derecho* es de uso reciente en la terminología jurídica y podrá comportar múltiples sentidos. A través de ella se intenta caracterizar, por ejemplo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual hubiera una Constitución dotada de supremacía. Como esa es una característica común de un significativo número de sistemas jurídicos contemporáneos, faltaría especificidad a la expresión. No es, por tanto, en ese sentido que en nuestro trabajo la utilizamos, ella podría servir para identificar, además, el hecho de que la Constitución formal incorpora en su texto varios temas pertinentes a las ramas del derecho infraconstitucional. Se trata del fenómeno que empezó, de cierta forma, con la Constitución portuguesa de 1976, que tuvo continuidad a través de la Constitución Española de 1978 y, llevado al extremo, por la Constitución brasileña de 1988. Aunque esta sea una situación imbuída de características propias, no es desde ella que, específicamente, se estará analizando en este trabajo.²⁶

La idea de constitucionalización del derecho aquí explorada está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza

²⁶ Aunque no se pueda negar que la presencia, en la Constitución, de normas cuyo contenido pertenece a otras ramas del derecho (civil, administrativo, penal) influya en la interpretación del derecho infraconstitucional correspondiente. Volveremos a ese punto específico más adelante.

normativa, por todo el sistema jurídico.²⁷ Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución empiezan a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho infraconstitucional. Es intuitivo que la constitucionalización influya sobre la actuación de los tres poderes, incluso, principalmente, en sus relaciones establecidas con los particulares. Pero, más original aún, influye, también, en las relaciones entre los particulares. Fíjese cómo dicho proceso, relacionado con otras nociones tradicionales, interferirá en las relaciones arriba referidas.

En relación al Legislativo, la constitucionalización: *i*) limita su discrecionalidad o libertad, y *ii*) impone determinados deberes a la actuación para la realización de derechos y programas constitucionales. Tomando en perspectiva la administración pública, además de igualmente limitar su discrecionalidad e imponerle deberes de actuación, aún fornece fundamento de validez para la práctica de los actos de aplicación directa e inmediata de la Constitución, independientemente de la interposición del legislador ordinario. En cuanto al Poder Judicial, sirve de parámetro para el control de constitucionalidad por el desempeñado (difuso y concentrado), así como condiciona la interpretación de todas las

²⁷ Algunos autores han utilizado los términos *impregnar e impregnación*, que en el idioma portugués pueden adquirir una connotación peyorativa. Véase Louis Favoreu —notable divulgador del derecho constitucional en Francia, fallecido en 2004—, “La constitutionnalization du droit”, en Mathieu, Bertrand y Verpeaux, Michel, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Se quiere designar aquí, principalmente, la constitucionalización de los derechos y de las libertades, que nos conduce a una impregnación de las ramas del derecho, al mismo tiempo que llevan a su transformación”. Y, también, Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 7, p. 49: “Por «constitucionalización del ordenamiento jurídico» propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

demás normas del sistema. Por fin, en lo que respecta a los particulares, establece limitaciones a su autonomía de la voluntad, en dominios como el de la libertad de contratar o del uso de la propiedad privada, subordinándolos a los valores constitucionales y al respeto de los derechos fundamentales.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO

El estudio que se viene desarrollando hasta ahora demuestra la evolución del derecho constitucional en Europa y en Brasil a lo largo de las últimas décadas. Este proceso, que pasa por los marcos históricos, filosóficos y teóricos anteriormente expuestos, conduce al momento actual, cuya característica distintiva es la constitucionalización del derecho. La aproximación entre constitucionalismo y democracia, la fuerza normativa de la Constitución y la difusión de la jurisdicción constitucional fueron los ritos de paso para el modelo actual.²⁸ El lector atento ya habrá percibido, sin embargo, que la secuencia histórica presentada y las referencias doctrinarias señaladas no son válidas para las tres principales experiencias constitucionales: la del Reino Unido, la de los Estados Unidos y la de Francia. El caso francés será objeto de análisis más adelante. Sobre los otros dos, hacemos ahora una síntesis breve.

En relación al Reino Unido, los conceptos no se aplican. Aunque haya sido el Estado precursor del modelo liberal, con la consecuente limitación al poder absoluto y la afirmación del *rule of the law*, necesita una Constitución escrita y rígida, que es uno de

²⁸ Algunos autores procuran elaborar un conjunto de condiciones para la constitucionalización del derecho. Es el caso de Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 7, pp. 50 y ss., que incluye entre ellas: *i*) una Constitución rígida; *ii*) la garantía jurisdiccional de la Constitución; *iii*) la fuerza vinculante de la Constitución; *iv*) la “sobreinterpretación” de la Constitución (su interpretación extensiva, con el reconocimiento de sus normas implícitas); *v*) la aplicación directa de las normas constitucionales; *vi*) la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, y *vii*) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

los presupuestos, como el propio nombre sugiere, de la constitucionalización del derecho. Se podría argumentar, es verdad, que existe entre los británicos una Constitución histórica y que ella es, incluso, más rígida que la mayoría de las Constituciones escritas existentes en el mundo. O podríamos reconocer el hecho de que el Parlamento Inglés adoptó, en 1998, el *Human Rights Acts*, incorporando al derecho interno la Convención Europea de los Derechos Humanos,²⁹ no sería posible soslayar un argumento más: la inexistencia del control de constitucionalidad y, más propiamente, la existencia de una jurisdicción constitucional en el sistema inglés.³⁰ En el modelo británico vale la supremacía del Parlamento y no la de la Constitución.

Ya en relación a los Estados Unidos, la situación es diametralmente opuesta. Cuna del constitucionalismo escrito y del control de constitucionalidad, la Constitución americana —que es la misma desde 1787— tuvo desde sus primeros momentos el carácter de documento jurídico y, por tanto, siempre fue posible su aplicación directa e inmediata por parte el Poder Judicial. De hecho, la normatividad amplia y la judicialización de las cuestiones judiciales poseen sus bases en la doctrina de *El Federalista* y su precedente jurisprudencial consolidado desde 1803, fecha del juzgamiento del caso *Marbury vs. Madison* por la Corte Suprema estadounidense. Por dicha razón, la interpretación de todo el derecho desde la óptica de la Constitución es una característica histórica de la experiencia americana, y no puede ser considerada como una singularidad contemporánea.³¹ El gran debate doc-

²⁹ La nueva ley entró en vigencia solamente en 2000.

³⁰ Sobre esto, y en desarrollo en cierto modo sorprendente, debe registrarse la aprobación del *Constitutional Reform Act*, en 2005, que previó la creación de una Corte Suprema (www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm, 8 de agosto de 2005). Señálese la curiosidad de que, no obstante, fue aprobado —aunque no existiera una Constitución escrita— un acto que la reforma.

³¹ Véase, a éste propósito, como ejemplos, la jurisprudencia que se produjo en materia de derecho procesal penal, por la sumisión del *commow law* de los estados a los principios constitucionales. En *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643,

trinario es acerca de la legitimidad y de los límites de la actuación del Poder Judicial en la aplicación de valores sustantivos y del reconocimiento de los derechos fundamentales que no se encuentran expresos en la Constitución.

Existe razonable consenso de que el marco inicial del proceso de constitucionalización del derecho fue establecido en Alemania. En ese país, bajo el régimen de la Ley Fundamental de 1949 y consagrando desarrollos doctrinarios que ya venían de más lejos, el Tribunal Constitucional Federal consolidó que los derechos fundamentales, mas allá de su dimensión subjetiva de protección de las situaciones individuales, desempeñan otra función: la de instituir un orden objetivo de valores.³² El sistema jurídico debe proteger determinados derechos y valores, no solamente por el beneficio que puedan traer a una o a algunas personas, si-

1961, se consideró ilegítima la búsqueda y aprehensión hecha sin autorización judicial, como exige la 4a. enmienda. En *Gideon vs. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, se entendió que la 6a. enmienda aseguraba para todos los acusados en procesos criminales el derecho a un abogado. En *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, se impone a la autoridad policial, ante el abordaje a un sospechoso, que se le comuniquen que a) tendrá el derecho de permanecer callado; b) todo lo que hable podrá ser utilizado en contra de él mismo en un tribunal; c) tendrá el derecho a consultar un abogado antes de ser interrogado y éste podrá estar presente durante el interrogatorio, y d) en el caso de que no tenga condiciones financieras para soportar los costos de un abogado, el Estado se lo asignará uno. Véase Hall, Kermit L., *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, 1999; Bartholomew, Paul C. y Menez, Joseph F., *Summaries of Leading Cases on the Constitution*, 1980; Lockard, Duane y Murphy, Walter F., *Basic Cases in Constitutional Law*, 1992. Para un análisis objetivo e informativo sobre este y otros aspectos, en lengua portuguesa, véase Oliveira Baracho Júnior, José Alfredo de, “Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal”, en Leite Sampaio, José Adércio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

³² Sobre la cuestión de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la literatura en lengua portuguesa, véase Vieira de Andrade, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149; Ferreira Mendes, Gilmar, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214, y Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.

no por el interés general de toda la sociedad en su satisfacción. Tales normas constitucionales condicionan la interpretación de todas las ramas del derecho, sea público o privado, y vinculan a los poderes estatales. El primer gran precedente en la materia fue el caso *Luth*,³³ fallado el 15 de enero de 1958.³⁴

³³ Los hechos subyacentes eran los siguientes. Erich Lüth, presidente del Club de prensa de Hamburgo, incitaba el boicot a una película cuyo director era el señor Veit Harlan, cineasta que mantenía relaciones con el régimen nazi en el pasado. La productora y la distribuidora de la película obtuvieron, en la jurisdicción ordinaria, decisión favorable a la cesación de dicha conducta, por considerar que violaba el § 826 del Código Civil (BGB) (“Quien, de manera atentatoria a las buenas costumbres, dañe a alguien está obligado a la reparación de los daños causados”). El Tribunal Constitucional Federal reformó la sentencia, en nombre del derecho fundamental a la libertad de expresión, que debería influenciar la interpretación del Código Civil.

³⁴ *BverfGE* 7, 198. Traducción libre y editada a partir de la versión publicada en Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37. “Los derechos fundamentales son, antes de todo, derechos de defensa del ciudadano ante el Estado; sin embargo, las disposiciones de derechos fundamentales de la ley fundamental se incorporan también a un orden objetivo de valores, que como decisión fundamental es válida para todos los ámbitos del derecho... ese sistema de valores —que encuentra su punto central en el seno de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana...— ofrece dirección e impulso para el Legislativo, la administración y para el Poder Judicial, proyectándose, también, sobre el derecho civil. Ninguna disposición del derecho civil podrá contradecirlo, debiendo ser interpretadas de acuerdo a su espíritu... La expresión de una opinión, que continúe una invitación a un boicot, no está en contradicción, necesariamente, con las buenas costumbres, en el sentido del § 826 del Código Civil (BGB). Puede encontrar justificación constitucional en la libertad de expresión, desde que sean ponderadas todas las circunstancias del caso”. Esa decisión es bastante comentada por numerosos autores nacionales, véase Ferreira Mendes, Gilmar, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, quién describe brevemente otros dos casos: “Blinkfüer” e “Wallraff”; Sarmiento, Daniel, *op. cit.*, nota 32, pp. 141 y ss.; Gonçalves Pereira, Jane Reis, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, pp. 416 y ss.; Steinmetz, Wilson, *A vinculação dos partculares a direitos fundamentais*, 2004, pp. 105 y ss.

A partir de dicho precedente, basándose en el conjunto de derechos fundamentales de la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional promovió una verdadera “revolución de ideas”,³⁵ especialmente en relación al derecho civil. De hecho, a lo largo de los años subsecuentes, la Corte invalidó dispositivos del BGB, impuso la interpretación de sus normas de acuerdo a la Constitución y determinó la elaboración de nuevas leyes. Así, por ejemplo, para dar eficacia al principio de la igualdad entre hombres y mujeres, se introdujeron cambios legislativos en materia de régimen matrimonial, derecho de los ex cónyuges después del divorcio, poder familiar, nombre de la familia, y con relación al derecho internacional privado. De la misma manera, el principio de la igualdad entre los hijos legítimos y naturales generó reformas en el derecho a la filiación.³⁶ Fueron proferidas, también, decisiones interesantes en el tema de las uniones homosexuales (homo-afectivas)³⁷ y en el derecho de los contratos.³⁸

³⁵ Corneloup, Sabine, “Table ronde: le cas de l’Allemagne”, en Verpeaux, Michel, *Code Civil e Constitution(s)*, 2005, p. 85.

³⁶ *Ibidem*, pp. 87-8, con identificación de cada una de las leyes. La jurisprudencia a la cual se refiere en la secuencia del párrafo fue localizada a partir de referencias contenidas en ese texto.

³⁷ En un primer momento, en nombre del principio de la igualdad, una ley del 16 de febrero de 2001 disciplinó las uniones homosexuales, terminando con la discriminación existente. En un segundo momento, esa ley fue objeto de una verificación de inconstitucionalidad, bajo el fundamento de que estaría en contradicción con el artículo 6o., I de la Ley Fundamental, por lo cual “el matrimonio y la familia son puestos bajo la protección particular del Estado”, al legitimar otra especie de institución de derecho de familia, paralela al matrimonio heterosexual. La Corte no acogió el argumento, sosteniendo que la nueva ley no impedía el matrimonio tradicional y tampoco concedía a la unión homosexual cualquier modalidad de privilegio en relación a la unión convencional. 1 BvF/1/01, del 17 julio de 2002, con votos disidentes de los jueces Papier y Hass, véase www.bverfg.de (4 agosto 2005).

³⁸ Un contrato de fianza prestado por la hija, en favor de su padre, que tenía por objeto cantidades muchas veces superiores a su capacidad financiera fue considerado inválido por ser atentatorio a la moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud*) Corneloup, Sabine, “Table ronde: le cas de l’Allemagne”, en Verpeaux, Michel, *Code Civil e Constitution(s)*, 2005, p. 90; un pacto nupcial en que la

En Italia, la constitucionalización entró en vigencia el 1o. de enero de 1948. El proceso de constitucionalización del derecho, sin embargo, solamente empezó en la década de los sesenta, consumándose en la década siguiente. Acordémonos que la Corte Constitucional italiana sólo se instaló en 1956. Antes de eso, el control de constitucionalidad fue ejercido, por fuerza de la disposición constitucional transitoria VII, por la jurisdicción ordinaria, que no le proporcionó la vitalidad necesaria. Por el contrario, en ese periodo hubo la formulación, por la Corte de Casación, de la distinción entre las normas *preceptivas*, de carácter vinculante y aplicables por los tribunales, y de las normas de *principio* o *programáticas*, destinadas solamente al legislador y no aplicables directamente por el Poder Judicial. Así, durante los nueve primeros años de su vigencia, la Constitución y los derechos fundamentales en ella previstos no repercutieron sobre la aplicación del derecho ordinario.³⁹

Sólo con la constitución de la Corte Constitucional —y, por cierto, desde su primera decisión— la normas constitucionales relacionadas a los derechos fundamentales empezaron a ser directamente aplicables, sin intermediación del legislador. La Corte desarrolló un conjunto de técnicas de decisiones,⁴⁰ habiendo

mujer, embarazada, renunció a los alimentos en nombre propio y en nombre de su hijo fue considerado nulo, pues se consideró que no puede prevalecer la libertad contractual cuando hay dominación de una parte sobre la otra (1 BvR 12/92, del 6 febrero de 2001, unánime, véase www.bverfg.de, visitado el 4 de agosto de 2005); un pacto sucesorio que imponía al hijo mayor del emperador Guillermo II el deber de casarse con una mujer que presentase determinadas condiciones allí impuestas fue considerado nulo por violar la libertad de matrimonio (1 BvR 2248/01, del 22 marzo de 2004, unánime, véase www.bverfg.de, 4 de agosto de 2005).

³⁹ Sobre el tema, véase Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 7; Di Manno, Therry, “Code Civil e Constitution en Italie”, en Verpeaux, Michel (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

⁴⁰ Además de las decisiones declaratorias de inconstitucionalidad, la Corte emplea diferentes técnicas, que incluyen: 1) decisiones interpretativas, que co-

enfrentado, durante los primeros años de su actuación, la arraigada resistencia de las instancias ordinarias y, en especial, de la Corte de Casación, generando una disputa denominada, en cierta época, como “la guerra de las cortes”.⁴¹ Como ejemplo de lo ocurrido en Alemania, la influencia de la constitucionalización del derecho y de la propia Corte Constitucional se manifestó en decisiones de inconstitucionalidad, en llamados a la actuación del legislador y en la reinterpretación de las normas infraconstitucionales vigentes.

De 1956 a 2003, la Corte Constitucional profirió 349 decisiones involucrando cuestiones constitucionales relacionadas con el Código Civil, de las cuales 54 declararon la inconstitucionalidad de dispositivos de aquél, en decisiones de la siguiente naturaleza: 8 de invalidación, 12 interpretativas y 34 aditivas⁴² (sobre las características de cada una de ellas, ver nota del párrafo anterior). Fueron producidos fallos en temas que incluían adulterio,⁴³ uso

responden a la interpretación conforme a la Constitución, con la posibilidad de ser establecida a) con el rechazo de la verificación de inconstitucionalidad, pero con la afirmación de una interpretación compatible o b) con la aceptación de la verificación de inconstitucionalidad, con declaración de inconstitucionalidad de la interpretación que venía siendo practicada por la jurisdicción ordinaria, permaneciendo vigente, en ambos casos, la disposición atacada; 2) decisiones manipuladoras, en las cuales la aceptación de la verificación de inconstitucionalidad y, además de la declaración de invalidez de la disposición, la Corte va más allá, profiriendo a) sentencia adictiva, exponiendo la norma a la situación originariamente no contempla en la misma, cuando la omisión implique violación al principio de igualdad; y b) sentencia sustitutiva, por la cual la Corte no solamente declara la inconstitucionalidad de determinada norma, como también introduce en el sistema, a través de declaración propia, una norma nueva. Sobre el tema, véase Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 7, p. 63-7.

⁴¹ Di Manno, Thierry, “Table ronde: Le cas de l’Italie”, en Verpeaux, Michel (org.), *op. cit.*, nota 39, p. 107.

⁴² *Ibidem*, p. 103.

⁴³ Sentencia 127/1968, j. 16 de diciembre de 1968, Rel. Bonifácio, véase www.cortecostituzionale.it (4 de agosto de 2005). La Corte invalidó el artículo del Código Civil que trataba de manera distinta el adulterio del marido y de la esposa. El realizado por la esposa siempre sería causa suficiente para la disolu-

del nombre del marido⁴⁴ y derechos sucesorios de hijos ilegítimos,⁴⁵ en medio de otros. En el plano legislativo, bajo la influencia de la Corte Constitucional, fueron aprobadas, a lo largo de los años, modificaciones profundas acerca del derecho de familia, inclusive en relación al divorcio, al derecho a la adopción y al derecho al trabajo. Dichas alteraciones, llevadas a cabo por las leyes especiales, provocaron la denominada *descodificación* del derecho civil.⁴⁶

En Francia, el proceso de constitucionalización del derecho tuvo un inicio mucho más tardío y todavía experimenta una fase de afirmación. La Constitución de 1958, como se sabe, no previó el control de constitucionalidad, ya sea en el modelo europeo, o en el modelo estadounidense, habiendo elegido una fórmula diferenciada: la del control previo, ejercido por el Consejo Constitucional en relación a algunas leyes, antes de que éstas fueran vigentes.⁴⁷

ción de la unión conyugal, en cambio el hecho por el marido solamente sería la sencilla hipótesis de “injuria grave a la mujer”.

⁴⁴ Sentencia 128/1970, j. 24 de junio de 1970, Rel. Mortati, véase www.cortecostituzionale.it (4 de agosto de 2005). La Corte profirió sentencia adictiva para permitir que la mujer excluyera el nombre de su marido después de la separación (ocurrida por culpa del marido), prerrogativa que no estaba prevista en el artículo 156 del Código Civil.

⁴⁵ Sentencia 55/1979, j. 15 de junio de 1979, Rel. Amadei, véase www.cortecostituzionale.it (4 de agosto de 2005). La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 565 del Código Civil, en la parte que excluía del beneficio de la sucesión legítima a los hijos naturales reconocidos.

⁴⁶ Irti, *L'età della decodificazione*, 1989; Perlingieri, Pietro, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

⁴⁷ En su concepción original, el Consejo Constitucional se destinaba, sobre todo, a preservar las competencias de un Poder Ejecutivo fuerte contra las invasiones del Parlamento. Sus principales funciones eran tres: *a*) el control de regimientos de cada una de las cámaras (Asamblea Nacional y Senado), para impedir que se invitiesen de poderes que la Constitución no les asigna, como sucedió en la III e IV Repúblicas; *b*) el papel de la “justicia electoral”, respecto a las elecciones presidenciales, parlamentarias o a los referendos; *c*) la delimitación del dominio de la ley, fiscalizando la adecuada división entre las competencias legislativas y reglamentares. Ésta última función se ejercía en tres situaciones: la del artículo 41, asociada a la invasión por la ley parlamentar de competencia

De ese modo, no existe en el sistema francés, en términos técnicos, una verdadera jurisdicción constitucional. No obstante, algunos avances significativos y constantes vienen ocurriendo, empezando por la decisión del 16 de junio de 1971.⁴⁸ A ella le siguió la refor-

propia del gobierno; la del artículo 61, alinea 2, que permitía al primer ministro provocar el control acerca de la inconstitucionalidad de una ley, después de su aprobación, pero antes de su promulgación; y la del artículo 37, alinea 2, relativa a modificación, a través de la vía del decreto, de las leyes que poseían carácter reglamentar. Con la reforma constitucional del año de 1974, el control de constitucionalidad de las leyes empezó a ser la actividad principal del Consejo, aproximándolo de una corte constitucional. Véase Favoreu, Louis, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*, www.conseil-constitutionnel.fr, 26 de julio de 2005; Luchaire, François, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vols., 1997; Bell, John, *French constitutional law*, 1992.

⁴⁸ De manera objetiva, la decisión núm. 71-44 DC, del 16 de julio de 1971, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm (26 de julio de 2005), consideró que la exigencia de autorización previa, administrativa o judicial, para la constitución de una asociación violaba la libertad de asociación. Su importancia, sin embargo, fue el reconocimiento de que los derechos fundamentales previstos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, se incorporaba a la Constitución de 1958, por fuerza de la referencia constante en el preámbulo de esa, figurando, por tanto, como parámetro para el control de constitucionalidad de las leyes. Esa decisión reforzó el prestigio del Consejo Constitucional, que empezó a desempeñar el papel de protector de los derechos y de las libertades fundamentales. Además, consagró el “valor positivo y constitucional” del preámbulo de la Constitución y asentó la idea del “bloque de constitucionalidad”. Esa expresión significa que la Constitución no se limita a las normas que son contenidas o que pueden ser extraídas, sino que incluye otros textos normativos de su texto, que en el caso eran la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, así como los principios fundamentales de las leyes de la República, a los cuales el referido preámbulo hacía referencia. Sobre la importancia de esa decisión, véase Hamon, Léo, “Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels”, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; Haimbowgh, G., “Was it France’s *Marbury v. Madison*?”, *Ohio State Law Journal*, 35:910, 1974; Beardsley, J. E., “The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France”, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para un análisis más detallado de la decisión, véase Favoreu, L. y Philip, L., *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Específicamente sobre el tema, véase Villiers, Michel

ma del 29 de octubre de 1974, ampliando la legitimidad para convocar la actuación del Consejo Constitucional.⁴⁹ Vagarosamente, empiezan a incorporarse al debate constitucional francés temas como la impregnación del orden jurídico por la Constitución, el reconocimiento de la fuerza normativa de las normas constitucionales y el uso de la técnica de interpretación conforme a la Constitución.⁵⁰ El proceso de constitucionalización del derecho, vale la advertencia, enfrenta una vigorosa resistencia de la doctrina más tradicional, que ante dicho proceso verifica diversas amenazas, y también la usurpación de los poderes del Consejo del Estado y de la Corte de Casación.⁵¹

de, *Dictionnaire du Droit Constitutionnel*, 2001; Duhamel, Olivier y Mény, Yves, *Dictionnaire Constitutionnel*, 1992.

⁴⁹ Desde entonces, el derecho de provocar la actuación del Consejo Constitucional, que antes era prerrogativa solamente del presidente de la República, del primer ministro, del presidente de la Asamblea Nacional y del presidente del Senado, se extendió también, a sesenta diputados o a sesenta senadores. El control de constitucionalidad se tornó en un importante instrumento de actuación de la oposición parlamentaria. Entre los años de 1959 y 1974, fueron proferidas solamente 9 (nueve) decisiones acerca de leyes ordinarias (por iniciativa del primer ministro y del presidente del Senado) y 20 (veinte) acerca de las leyes orgánicas (pronunciamiento obligatorio). De 1974 hasta 1998, hubo 328 provocaciones (*saisine*) al Consejo Constitucional. Los datos constan en Favoreu, Louis, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. www.conseil-constitutionnel.fr (26 de julio de 2005).

⁵⁰ Véase Favoreu, Louis, “La constitutionnalisation du Droit”, en Mathieu, Bertrand y Verpeaux, Michel, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.

⁵¹ Véase la discusión del tema en Drago, Guillaume *et al.* (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. En la conclusión del libro, que documenta el Coloquio de Rennes, en septiembre de 1996, François Terré, al presentar lo que correspondería a la conclusión del evento, formuló áspera crítica al ascenso de la influencia del Consejo Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l’État de droit, la soumission de l’État à des juges, sous l’influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l’Allemagne Fédérale et de l’américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s’imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d’appel sont devenus paroles d’évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN BRASIL

1. *El derecho infraconstitucional en la Constitución*

La Carta de 1988, como se ha consignado anteriormente, posee la virtud suprema de simbolizar el retorno de la democracia en Brasil y también de haber contribuido de forma decisiva para el más largo periodo de estabilidad política de la historia del país. Es de puntualizar que éste hecho significa mucho, pero no se trata, por supuesto, de la Constitución de nuestra madurez institucional, sino que debe ser considerada como la Constitución de nuestras circunstancias. Por los vicios y por las virtudes, su texto final expresa una heterogénea mezcla de intereses legítimos de los trabajadores, clases económicas y categorías funcionales, añadidos a paternalismos, reservas del mercado y corporativismos de distintos géneros. La euforia constituyente —saludable e inevitable después de tantos años de exclusión de la sociedad civil— llevó a una carta que, además de analítica, puede ser considerada como detallada y corporativa.⁵²

En cuanto al punto relevante para el trabajo, conviene notar que todas las principales ramas del derecho infraconstitucional tuvieron aspectos suyos, de mayor o menor relevancia, tratados por la Constitución. La catalogación de dichas previsiones empieza por reglas generales y llega hasta reglas extremadamente específicas, que llevan al lector del espanto al hastío. Así ocurre con el derecho administrativo, civil, penal, laboral, procesal civil o penal, financiero y presupuestario, tributario, internacional y, además, hay, de igual manera, un título dedicado al orden económico, en el cual se incluyen normas sobre la política urbana,

de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lê cãs échéant, un terme aux errances du Conseil Constitutionnel” (p. 409).

⁵² Sobre el tema, véase Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, nota 2.

agrícola y sistema financiero. Y otro dedicado al orden social, dividido en varios capítulos y secciones, que empieza por el tema de la salud y llega hasta el tema de la protección y derechos de los indígenas.

Aunque el fenómeno de la constitucionalización del derecho, tal y como se analiza en este trabajo, no pueda ser confundido con la presencia de normas de derecho infraconstitucional en la Constitución, existe un espacio natural de superposición entre los dos temas. En efecto, en la medida que los principios y reglas específicos de una disciplina ascienden a la Constitución, su interacción con las demás normas de su respectivo sistema cambia de cualidad y empieza a tener un carácter subordinante. Se trata de la constitucionalización de las fuentes del derecho dentro de aquélla materia. Dicha circunstancia no siempre es deseable,⁵³ interfiere en los límites de la actuación del legislador ordinario y también en la lectura constitucional que será hecha por el Poder Judicial en relación al tema que fue constitucionalizado.

2. La constitucionalización del derecho infraconstitucional

En los Estados de constitucionalización más tardía, como Portugal, España y, sobre todo, Brasil, la constitucionalización del derecho es un fenómeno más reciente, aunque sea también bastante intenso. Se verificó, entre nosotros, el mismo movimiento traslativo ocurrido inicialmente en Alemania y, en seguida, en Italia, el paso de la Constitución al centro del sistema jurídico. A partir de 1988, y más precisamente en los últimos cinco o diez años, la Constitución empezó a disfrutar no solamente de una supremacía en sentido formal, sino de una supremacía material, axiológica, potenciada por la apertura del sistema jurídico y por

⁵³ Tanto la doctrina como la jurisprudencia, en el plano del derecho penal, han condenado, por ejemplo, la constitucionalización de los “crímenes hediondos” (artículo 5o., XLIII). Véase Leal, João José, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

la normatividad de sus principios. Con gran ímpetu, exhibiendo su fuerza normativa sin precedentes, la Constitución ingresó en el paisaje jurídico del país y también en el discurso de los operadores del derecho.

En el centro del ordenamiento jurídico ya no se encuentra ubicado el viejo Código Civil. Fíjese que el derecho civil desempeñó en Brasil —como en otros países— el rol de un derecho general, que precedió muchas áreas de especialización, y que confirió cierta unidad dogmática al ordenamiento. La propia teoría general del derecho era objeto de estudio dentro del derecho civil, y sólo en épocas más recientes adquirió autonomía didáctica. En el caso brasileño, se debe registrar, el Código Civil ya venía perdiendo influencia en el ámbito del propio derecho privado. Lo que sucede es que, a lo largo del tiempo, en la medida que el Código envejecía, innumerables leyes fueron editadas, empezando a formar microsistemas autónomos en relación al propio Código, en temas como alimentos, sociedades empresariales, filiación, locación, consumidor, niños y adolescentes y sociedades mercantiles, un ejemplo es el caso italiano, y también entre nosotros ocurrió la “descodificación” del derecho civil,⁵⁴ fenómeno que no fue afectado sustancialmente por la promulgación del nuevo Código Civil de 2002, con vigencia a partir de 2003.⁵⁵

⁵⁴ Sobre el caso italiano, véase Pelingieri, Pietro, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6. “El Código Civil, con seguridad, perdió su centralidad que tenía anteriormente. El papel unificador del sistema, tanto en sus aspectos más tradicionalmente civilistas como en aquellos de relevancia publicista, es desempeñado de manera cada vez más incisiva por el texto Constitucional”. Sobre el caso brasileño, véase, entre otros, Tepedino, Maria Celina B. M., “A caminho de um direito civil constitucional”, *Revista de Direito Civil*, 65:21; Tepedino, Gustavo, *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, en *id.* (org.), *Problemas de direito civil-Constitucional*, 2001.

⁵⁵ El nuevo Código Civil, cuya vigencia tuvo inicio en 2003, fue severamente criticado por sectores importantes de la doctrina civilista. Gustavo Tepedino se refirió a él como “retrógrado y demagógico”, añadiendo: “De parte del presidente se espera el veto; del Poder Judicial, que atenúe el desastre”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, 7, 2001; Luiz Edson Fachin y Carlos Eduardo Pianovski

En ese ambiente, la Constitución empieza a no ser considerada sólo como un sistema en sí mismo —con su nuevo orden, unidad y armonía— sino como una nueva manera de mirar e interpretar todas las demás ramas del derecho. Dicho fenómeno, denominado por algunos autores como *filtraje constitucional*, consiste en que todo orden jurídico debe ser leído y analizado bajo la lente de la Constitución, a manera de implementar los valores en ella consagrados. Conforme lo señalado anteriormente, la constitucionalización del derecho infraconstitucional no tiene como su característica principal la inclusión en la ley mayor de normas propias de otros dominios, sino la reinterpretación de sus institutos bajo una nueva óptica constitucional.⁵⁶

A partir de tales premisas, toda interpretación jurídica puede ser considerada también como interpretación constitucional. Cualquier operación de concreción del derecho involucra también la aplicación directa o indirecta de la ley mayor. Es posible la aplicación de la Constitución:

- a) *Directamente*, cuando una pretensión se basa en una norma del propio texto constitucional. Por ejemplo, la solicitud de una inmunidad tributaria (CF, artículo 150, VI) o el pedido de nulidad de una prueba obtenida a través de un medio ilícito (CF, artículo 5o., LVI).

Ruzyk, consideran inconstitucional el proyecto del Código Civil, en dictamen publicado con el título de “Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, 4:243, 2000, por no traducir la supremacía de la dignidad de la persona humana frente a los aspectos patrimoniales y por violar el principio de la prohibición del retroceso. En sentido opuesto, véase Martins Costa, Judith, *O direito privado como um “sistema em construção”*, www.jus.com.br (4 de agosto de 2005); Reale, Miguel, *Visão geral do novo Código Civil*, www.jus.com.br (4 de agosto de 2005); *O novo Código Civil e seus críticos*, en www.jus.com.br (4 de agosto de 2005).

⁵⁶ “La principal manifestación de preeminencia normativa de la Constitución consiste en que todo orden jurídico debe interpretarse bajo la luz de ella y sometida a su filtraje”, Gomes Canotilho y Moreira, *op. cit.*, nota 8, p. 45; véase, además, Schier, Paulo Ricardo, *Filtragem constitucional*, 1999.

- b) *Indirectamente*, cuando una pretensión se funda en una norma infraconstitucional, por dos razones:
- i) Antes de aplicar la norma, el intérprete deberá verificar si ella es compatible con la Constitución, porque, en el caso negativo, no deberá hacerla incidir en el caso. Ésta operación estará siempre presente en el razonamiento del operador jurídico, aunque no sea por él referida.
 - ii) Al aplicar la norma, el intérprete deberá orientar su sentido y alcance a la realización de los fines constitucionales.

En síntesis, la Constitución se ubica en la actualidad en el centro del sistema jurídico y, por ende, irradia su fuerza normativa, imbuida de supremacía formal y material. De esa manera, funciona no solamente como parámetro de validez para el orden infraconstitucional, sino también como vector de interpretación de todas las normas del sistema.

3. *La constitucionalización del derecho y sus mecanismos de actuación práctica*

La constitucionalización del derecho, como ya se ha anticipado, posee repercusiones sobre los diferentes poderes estatales. Al legislador y al administrador se les imponen deberes negativos y positivos de actuación, en orden a que observen los límites y promuevan los fines dictados por la Constitución. Por otro lado, la constitucionalización es un elemento generado directamente por la jurisdicción constitucional, que en Brasil puede ser ejercida, difusamente, por los jueces y por los tribunales, y de manera concentrada por el Supremo Tribunal Federal. Esta realización concreta de supremacía formal y axiológica de la Constitución involucra diferentes técnicas y posibilidades interpretativas, que incluyen:

- a) El reconocimiento de la revocación de las normas infraconstitucionales anteriores a la Constitución (o a la enmienda constitucional), cuando sean incompatibles.
- b) La declaración de inconstitucionalidad de las normas posteriores a la Constitución, cuando sean incompatibles.
- c) La declaración de inconstitucionalidad por omisión, con la consecuente convocatoria a la actuación del legislador.⁵⁷
- d) La interpretación conforme a la Constitución, que podrá significar:
 - i) La lectura de la norma infraconstitucional de la forma que mejor realice el sentido y el alcance de los valores y fines constitucionales en ella subyacentes.
 - ii) La declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, que consiste en la exclusión de una determinada interpretación posible de la norma —generalmente la más obvia— y la afirmación de una interpretación alternativa, compatible con la Constitución.⁵⁸

Debemos, todavía, profundizar un poco más el argumento, especialmente con relación a la interpretación conforme a la Constitución. El control de constitucionalidad es una modalidad de interpretación y aplicación de la Constitución. Más allá de otras especulaciones, hay consenso de que el papel del Poder Judicial es pronunciar la invalidez de enunciados normativos incompatibles con el texto constitucional, negándoles eficacia. Si así no fuera, en la línea del conocimiento convencional, él no podría innovar en el orden jurídico, creando un dispositivo hasta entonces inexistente. Dicho en otros términos, el Poder Judicial estaría au-

⁵⁷ Cuando el Supremo Tribunal Federal no prefiere producir una decisión integrativa, como, por ejemplo, la sentencia adictiva del derecho italiano. Esta actuación involucra siempre la controvertida cuestión de la actuación en la cualidad de legislador positivo.

⁵⁸ Con respecto a la segunda posibilidad, véase Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, nota 16, p. 189.

torizado a producir la invalidación de un acto del Poder Legislativo, pero no podrá reemplazarlo por un acto suyo.⁵⁹

Ahora bien, las modernas técnicas de interpretación constitucional —como es el caso de la interpretación conforme a la Constitución— continúan vinculadas a ese presupuesto, al cual agregan un elemento inexorable. La interpretación jurídica difícilmente es unívoca, ya sea porque un mismo enunciado, al afectar diferentes circunstancias de hecho, puede producir normas diversas,⁶⁰ o bien porque, aun teóricamente, un enunciado puede admitir varias interpretaciones, en razón de los múltiples significados que poseen sus términos. La interpretación conforme a la Constitución, por lo tanto, puede involucrar: *i*) una simple determinación del sentido de la norma; *ii*) su no incidencia a una determinada situación de hecho,

⁵⁹ En ese sentido, véase STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Al declarar la inconstitucionalidad de una ley en tesis, el STF —en su función de Corte Constitucional actúa— como legislador negativo, pero no tiene el poder de actuar como legislador positivo, en orden a crear una norma diversa de la instituida por el Poder Legislativo”. Se soslaya, en esta instancia, la discusión minuciosa del tema, que abriga innumerables complejidades, incluso y notadamente en razón del reconocimiento de que jueces y tribunales, en múltiples situaciones, desempeñan una actividad de coparticipación en la creación de la norma.

⁶⁰ La doctrina más moderna ha establecido una distinción entre enunciado normativo y norma, basándose en la premisa de que no hay interpretación del texto en abstracto. Enunciado normativo es el texto, el relato contenido en el dispositivo constitucional o legal. Norma, a su vez, es el producto de la aplicación del enunciado a una determinada situación, es decir, la concretización del enunciado. Desde un mismo enunciado es posible extraerse diversas normas: Por ejemplo: del enunciado del artículo 5o., LXIII de la Constitución —el preso tiene el derecho de permanecer callado— se extraen normas diversas, incluso las que aseguran el derecho a no auto-incriminación del sospechoso en general (STF, *DJU* 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e incluso, es deponente en la CPI (STF, *DJU* 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre el tema véase Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, pp. 270 y ss.; Müller, Friedrich, “Métodos de trabalho do direito constitucional”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição Especial Comemorativa dos 50 Anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, pp. 45 y ss.; Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; Ávila, Humberto, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

o *iii*) la exclusión, en virtud de configurarse como inconstitucional, de una de las normas posibles de ser extraídas del texto. En cualquiera de dichos casos, no hay declaración de inconstitucionalidad del enunciado normativo, permaneciendo la norma en el ordenamiento. A través de ese mecanismo se reconcilian el principio de la supremacía de la Constitución y el principio de la presunción de constitucionalidad. Naturalmente, el límite de la interpretación está en las posibilidades semánticas del texto normativo.⁶¹

IV. ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

1. *Derecho civil*

Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho civil⁶² pasaron, en los últimos dos siglos, por tres fases distintas,

⁶¹ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. “Al juez no le es permitido mediante “interpretación conforme a la Constitución” generar un significado diferente a una ley cuyo contenido y sentido resultan evidentes” (1 BvL 149 52-33, 11 jun. 1958); en la del Supremo Tribunal Federal brasileño: “Si la única interpretación posible para adecuar la norma a la Constitución contraría el sentido unívoco que el Poder Legislativo pretendió darle, no se puede aplicar el principio de la interpretación conforme a la Constitución, que implicaría, en realidad, la creación de la norma jurídica, que es privativa del legislador positivo” (STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

⁶² Perlingieri, Pietro, *Perfis de direito civil*, 1997; Bodin de Moraes, Maria Celina: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; “A constitucionalização do direito civil”, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, 17:76, 1999; *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003; “Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, en Sarlet, Ingo Wolfgang, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*, 2004; *id.*, *Problemas de direito civil constitucional*, 2000; “O direito civil e a legalidade constitucional”, en *Revista del Rey Juridica*, 13:23, 2004; Fachin, Luiz Edson (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Barboza, Heloisa Helena, “Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo sécu-

que van desde la indiferencia a la convivencia intensa. El marco inicial de esa trayectoria fue la Revolución francesa, que generó para cada uno de ellos su objeto de trabajo: al derecho constitucional, una Constitución escrita, promulgada en 1791; al derecho civil, el Código Civil napoleónico, de 1804. A pesar de la contemporaneidad de los dos documentos, derecho constitucional y derecho civil no se relacionaban y tampoco se comunicaban entre sí. Obsérvese cada una de las etapas de ese proceso de aproximación lenta y progresiva:

A. *Primera fase: mundos apartados*

Al inicio del constitucionalismo moderno, en Europa, la Constitución era vista como una *Carta Política*, que servía como referencia para reglamentar las relaciones entre Estado y ciudadano, y, por otro lado, el Código Civil era el documento jurídico que reglamentaba las relaciones entre particulares, habitualmente mencionado como la “Constitución del derecho privado”. En esa etapa histórica, el papel de la Constitución era limitado, funcionando como una mera invitación a la actuación de los poderes públicos, y su concretización dependía, como regla general, de la intermediación del legislador. Sin fuerza normativa propia, no tenía aplicabilidad directa e inmediata. El Código napoleónico, a su vez, realizaba adecuadamente el ideal burgués de protección de la propiedad y de la libertad de contratar, generando seguridad jurídica a los protagonistas del nuevo régimen liberal: el contratante y el propietario. Ese modelo inicial de comunicación rota fue siendo paulatinamente superado.

lo”, *Revista da Faculdade de Direito*, UERJ, 1998-99; Negreiros, Teresa, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da Boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2002; Martins Costa, Judith (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Neto Lobo, Paulo Luiz, “Constitucionalização do direito civil”, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

B. Segunda fase: publicización del derecho privado

El Código napoleónico y los respectivos modelos que él inspiró —incluso el brasileño— tenían sus fundamentos en la libertad individual, en la igualdad formal entre las personas y en la garantía absoluta del derecho a la propiedad. A lo largo del siglo XX, con el advenimiento del Estado social y la percepción crítica de la desigualdad material entre los individuos, el derecho civil empieza a superar al demasiado individualismo, ya no siendo el reino soberano de la autonomía de la voluntad. En nombre de la solidaridad social y de la función de las instituciones como la propiedad y el contrato, el Estado empieza a interferir en las relaciones entre particulares, a través de la creación de las normas de orden público. Dichas normas se destinan, sobre todo, a la protección del lado más débil de la relación jurídica, como el consumidor, el locatario, el empleado. Es la fase del *dirigismo contractual*, que consolida la publicización del derecho privado.⁶³

C. Tercera fase: constitucionalización del derecho civil

“Ayer los códigos; hoy las Constituciones. La revancha de Grecia contra Roma”.⁶⁴ La fase actual es marcada por el paso de la Constitución para el centro del sistema jurídico, desde donde pasa a actuar como filtro axiológico mediante el cual debe leerse el derecho civil. Hay reglas específicas en la Constitución que imponen

⁶³ Sobre el tema, véase Gomes, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26; Silva Pereira, Caio Mário da, *Instituições de direito civil*, 2004, vol. I, p. 18.

⁶⁴ La primera parte de la frase (“ayer los Códigos, hoy las Constituciones”) fue pronunciada por Paulo Benavides, al recibir la medalla Teixeira de Freitas, en el Instituto de los Abogados Brasileños, en el año 1998. El complemento fue hecho por Eros Roberto Grau en discurso publicado en apartado por el IAB: “Ayer los códigos; hoy las Constituciones. La revancha de Grecia sobre Roma, tal como ocurrió, en otro plano, en la evolución del derecho de la propiedad, antes justificado por su origen, ahora legitimado por sus fines: la propiedad que no cumple su función social no merece cualquier protección jurídica”.

el fin de la supremacía del marido en el matrimonio; la plena igualdad entre los hijos; la función social de la propiedad, y los principios que se difunden por todo el ordenamiento, como la igualdad, la solidaridad social o la razonabilidad. No es el caso de delinear las múltiples situaciones de impacto de los valores constitucionales sobre el derecho civil, específicamente, y sobre el derecho privado, en general.⁶⁵ Pero hay dos desarrollos que merecen ser destacados, por la dimensión de las transformaciones que generaron.

El primero de ellos es el principio de la *dignidad de la persona humana* en la nueva dogmática jurídica. Con el fin de Segunda Guerra Mundial, se verifica el inicio de la reconstrucción de los derechos humanos,⁶⁶ que se irradian a partir de la dignidad de la persona humana,⁶⁷ referencia que empezó a constar en los docu-

⁶⁵ Para este fin, véase Tepedino, Gustavo (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, cit., nota 62, obra colectiva en la cual se discute la constitucionalización del derecho civil en ámbitos diversos, incluyendo el derecho de las obligaciones, las relaciones de consumo, el derecho a la propiedad y del derecho de familia. Sobre el tema específico de la buena fe objetiva, véanse Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; y Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998.

⁶⁶ Este es el título celebrado del célebre trabajo de Lafer, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre el tema, véase Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991.

⁶⁷ El contenido jurídico de la dignidad humana se relaciona con la realización de los derechos fundamentales o humanos, en sus tres dimensiones: individuales, políticos y sociales. Sobre el tema, véase Barcellos, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2004; Silva, José Afonso da, “Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”, *Revista de Direito Administrativo*, 212:89, 1998; Antunes Rocha, Carmen Lúcia, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”, *Revista Interesse Público*, 4:2, 1999. “[E]l principio de la dignidad de la persona humana está en la base de todos los derechos constitucionalmente consagrados, sea de los derechos y libertades tradicionales, sea de los derechos, sea de los derechos a la participación política, sea de los derechos de los trabajadores o de los derechos a prestaciones sociales”, Vieira de Andrade, José Carlos, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa*, 1998, p. 102; “El principio de la dignidad de la persona humana representa el epicentro axiológi-

mentos internacionales y en las Constituciones democráticas,⁶⁸ habiendo figurado en la Carta brasileña de 1988 como uno de los fundamentos de la República (artículo 1o., III). La dignidad humana impone límites a la actuación positiva del Estado de suplir las necesidades vitales básicas,⁶⁹ expresándose a través de diferentes dimensiones.⁷⁰ En el tema objeto de este trabajo, el principio promovió una despatrimonialización⁷¹ del derecho civil y su repersonalización,⁷² con énfasis en los valores existenciales y del

co del orden constitucional, irradiando sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico y balizando no solamente los actos estatales, sino todo el complejo de relaciones privadas que se desarrollan en el seno de la sociedad civil y del mercado”, Sarmiento, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, pp. 59 y 60.

⁶⁸ Como, e.g., en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, en la Constitución Italiana de 1947, en la Constitución alemana de 1949, en la Constitución portuguesa de 1976 y en la Constitución Española de 1978.

⁶⁹ “El contenido básico, el núcleo esencial del principio de la dignidad de la persona humana, es compuesto por el mínimo existencial, que consiste en un conjunto de prestaciones materiales mínimas sin las cuales no se podrá afirmar que el individuo se encuentra en una situación de dignidad... una propuesta de concretización del mínimo existencial, tomando en consideración el orden constitucional brasileño, deberá incluir los derechos a la educación fundamental, a la salud básica, al auxilio en caso de necesidad y al acceso a la justicia”. Barcellos, Ana Paula de, *op. cit.*, nota 67, p. 305.

⁷⁰ En denso estudio, Bodin de Moraes, Maria Celina, en “Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, decompone el contenido jurídico de la dignidad humana en cuatro principios: igualdad, integridad física y moral (psicofísica), libertad y solidaridad.

⁷¹ El término fue recogido en Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente el primero a utilizarlo fue Carmine Donisi, véase “La «despatrimonializzazione» del diritto privato”, *Rassegna di diritto civile*, 80, 1980 (de acuerdo con investigación realizada en Sarmiento, Daniel, *Direitos Fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

⁷² Fachin, Luiz Edson y Pianovski Ruzyk, Carlos Eduardo, “Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, 4:243, 2000: “(A) aferición de la constitucionalidad de un diploma legal, ante la repersonalización impuesta a partir de 1988, debe tomar en consideración la primacía de la protección de la dignidad humana en relación a las relaciones jurídicas patrimoniales”. En relación a repersonalización del derecho civil, véase Cupis, Adriano de, *Diritti della personalità*, 1982.

espíritu, como también en el desarrollo de los derechos de la personalidad, tanto en su dimensión física como psíquica.

El segundo desarrollo doctrinario que merece nota especial es la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las relaciones privadas.⁷³ El debate remite al caso *Luth*, que superó la rigidez de la dualidad público-privado al admitir la aplicación de la Constitución a las relaciones particulares, inicialmente regidas por el Código Civil. El tema involucra complejidades y no será profundizado por nosotros en este trabajo. Las múltiples situaciones susceptibles de existencia en el mundo real no comportan solución unívoca,⁷⁴ sin embargo, con excepción de la doctrina de la jurisprudencia estadounidense (y, aún así, con atenuaciones), existe razonable consenso de que las normas constitucionales se aplican, en determinada medida, a las relaciones particulares. La divergencia en esa

⁷³ Sobre este tema, dos tesis de doctorado desarrolladas en el ámbito del Programa de Postgrado en Derecho Público de la UERJ, ambas aprobadas con distinción y alabanza y publicadas bajo edición comercial: Sarmento, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; Gonçalves Pereira, Jane Reis, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Además, trabajos de excelente calidad han sido producidos sobre esa materia, entre los cuales Steinmetz, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Sarlet, Ingo Wolfgang (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Kaufmann, Rodrigo, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (tesis de maestría presentada en la Universidad de Brasília); Silva, Luís Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mecanografiado, tesis de libre-docencia presentada en la Universidad de São Paulo (USP); Vale, André Rufino do, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; y Thiago, Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004.

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, algunas de ellas: a) puede un equipo de fútbol prohibir el acceso a su cancha de periodistas de un determinado vehículo de comunicación que haya hecho críticas a su equipo (libertad de trabajo y de prensa)?; b) puede una escuela judaica impedir el ingreso de estudiantes no judíos (discriminación en razón de religión)?; puede el empleador prever en el contrato de trabajo la dispensa por causa justa en caso de embarazo (protección de la mujer y de la procreación)?; c) puede un periodista ser dispensado por haber emitido una opinión contraria a la del dueño del periódico (libertad de opinión)?

materia se encuentra, precisamente, en la determinación de la manera y de la intensidad de esa incidencia. Doctrina y jurisprudencia se dividen en dos corrientes principales:

- a) La de la eficacia indirecta y mediata de los derechos fundamentales, a través de la actuación infraconstitucional y de la atribución de las cláusulas abiertas.
- b) La de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, a través de un criterio de ponderación entre los principios constitucionales de la libre iniciativa y de la autonomía de la voluntad, de uno de los lados, y del derecho fundamental en cuestión, del otro lado.

El punto de vista de la aplicabilidad directa e inmediata se revela más adecuado a la realidad brasileña y ha prevalecido en la doctrina. En la ponderación que deberá ser emprendida, como en la ponderación en general, deberán ser tomados en consideración los elementos del caso concreto. Para la realización de esa específica ponderación entre la autonomía de la voluntad *versus* otro derecho fundamental en cuestión, merecen destacar los siguientes factores: *a*) la igualdad o desigualdad material entre las partes (*e. g.*, si una multinacional renuncia contractualmente a un derecho, dicha situación es distinta de aquella en la que un humilde trabajador hace lo mismo); *b*) la manifiesta injusticia o la falta de razonabilidad de un criterio (*e. g.*, la escuela que no admite como sus alumnos a los hijos de padres divorciados); *c*) preferencia por los valores existenciales frente a los patrimoniales, y *d*) riesgo para la dignidad de la persona humana (*e. g.*, nadie puede sujetarse a sanciones corporales).⁷⁵

El proceso de constitucionalización del derecho civil en Brasil, avanzó de manera progresiva, siendo ampliamente absorbido por la jurisprudencia, la doctrina, e incluso por la doctrina civilis-

⁷⁵ Para una visión profundizada del tema, véase Sarmiento, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; y Gonçalves Pereira, Jane Reis, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

ta. Por cierto, la propia doctrina civilista, en gran medida, realizó esa aproximación inevitable.⁷⁶ Todavía se levantan, aquí y allá, objeciones de diversas naturalezas. Pero el hecho es que las resistencias, basadas en una visión más tradicional del derecho civil, cayeron en su mayor parte. Ya no hay quien rehúse, de manera abierta, el impacto de la Constitución sobre el derecho privado.⁷⁷ La interacción con el derecho constitucional potencia y eleva las dos ramas del derecho, hecho que no genera ninguna pérdida para la secular tradición de la doctrina civilista.

2. *Derecho administrativo*

El derecho constitucional y el derecho administrativo⁷⁸ tienen orígenes y objetivos comunes: el advenimiento del libera-

⁷⁶ En el caso de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, esta es una de las principales líneas del Programa de Postgrado en Derecho Civil, en que fueron pioneros los doctrinarios Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes y Heloísa Helena Barbosa. En la Universidad Federal de Paraná, se destacan los trabajos del profesor Luiz Edson Fachin. En la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, los de la profesora Judith Martins Costa. En la PUC de São Paulo, los del profesor Renan Lotufo. En la Universidad Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

⁷⁷ “Al contrario del escenario de los años 80, no hay hoy en día civilista que niegue abiertamente la eficacia normativa de la Constitución y su provecho para, al menos de manera indirecta, auxiliar en la interpretación constructiva de la norma infraconstitucional”, Tepedino, Gustavo, “O direito civil e a legalidade constitucional”, *Revista del Rey Jurídica*, 13:23, 2004. En seguida, en preciosa síntesis, el autor identifica las cuatro objeciones más frecuentes a la aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho civil: a) no cabe al constituyente, sino al legislador, que constituye una instancia más próxima de la realidad de los negocios, la regulación de la autonomía privada; b) la baja densidad normativa de los principios constitucionales generaría excesiva discrecionalidad a los magistrados; c) la estabilidad milenaria del derecho civil quedaría afectada por la inestabilidad del juego político-constitucional; d) el control axiológico de las relaciones de derecho civil, mas allá de los límites claros del lícito y del ilícito, podría significar gran ingerencia en la vida privada.

⁷⁸ Sobre las transformaciones del derecho administrativo en la actualidad, véase Figueiredo Moreira Neto, Diogo de, *Sociedade, Estado e administração*

lismo y la necesidad de limitación del poder del Estado. Sin embargo, hicieron caminos distintos, bajo la influencia del paradigma francés. De hecho, el derecho constitucional estuvo durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX asociado a categorías políticas, es decir, sin fuerza normativa o aplicación directa e inmediata. El derecho administrativo, a su vez, se desarrolló como una rama del conocimiento jurídico imbuida de autonomía y permaneció vinculado a la disciplina de la administra-

pública, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; *Direito regulatório*, 2003; Tácito, Caio, “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. o exemplo brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, 202:1, 1995; Grau, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; Medauar, Odete, *Direito administrativo moderno*, 1998; Pietro, Maria Sylvia di, *Parcerias na administração pública, concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*, 1999; Sundfeld, Carlos Ari, *Direito administrativo ordenador*, 2003; Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Juruena, Marcos, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; Modesto, Paulo, “A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil”, *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; Ávila, Humberto, “Repensando o «princípio da supremacia do interesse público sobre o particular»”, *O direito público em tempos de crise – estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; Aragão, Alexandre, *Agências reguladoras*, 2002; Binenbojm, Gustavo, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005; Barroso, Luís Roberto, “Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista”, *Temas de direito constitucional*, 2002, t. I; “A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”, *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; “Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada”, en *idem*; “Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”, en *idem*; Para la formación de la doctrina administrativista en Brasil, préstesele el debido y merecido homenaje a Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1957; Lopes Meirelles, Hely, *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 la Revista de Direito Administrativo, la más antigua y prestigiosa publicación en la materia. Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Elementos de direito administrativo*, 1980; *Curso de direito administrativo*, tuvo influencia decisiva en el desarrollo de un derecho administrativo en la perspectiva de la ciudadanía y no de la administración.

ción pública. La existencia de una jurisdicción administrativa sin relación directa con la actuación judicial y el prestigio del Consejo del Estado francés generaron al derecho administrativo una posición destacada en el ámbito del derecho público,⁷⁹ involucrándolo con la continuidad y con la estabilidad de las instituciones.⁸⁰ Solamente después de la Segunda Guerra Mundial, bajo el movimiento de constitucionalización, dicha situación iba a cambiar.

No se pretende rehacer el historial de la relación establecida entre derecho constitucional y derecho administrativo, que suelen hacer los administrativistas en general,⁸¹ pues desvía el objeto del análisis que se busca emprender. En el contexto presente, tres conjuntos de circunstancias deben ser tomados en consideración en el ámbito de la constitucionalización del derecho administrativo: a) la existencia de una amplia cantidad de normas constitucionales vinculadas a la disciplina de la administración pública; b) la secuencia de transformaciones sufridas por el Estado brasileño en los últimos años, y c) la influencia de los principios constitucionales sobre las categorías del derecho administrativo. Dichas circunstancias se añaden para la configuración del modelo actual, en el cual diversos paradigmas están siendo superados o analizados bajo una nueva perspectiva.

La presencia de dispositivos sobre la administración pública en las Constituciones modernas tiene su inicio con las Cartas italiana

⁷⁹ Sobre el tema, véase Batista, Patrícia, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

⁸⁰ A propósito, véase el célebre artículo de Vedel, Georges, “Discontinuité du Droit Constitutionnel et Continuité du Droit Administratif”, en *Mélanges Waline*, 1974. Sobre el tema, véase, también, Favoreu, Louis, “La constitutionnalisation du droit”, en Mathieu, Bertrand y Verpeaux, Michel, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

⁸¹ Véase Lopes Meirelles, Hely, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para una visión extremadamente crítica del origen y evolución del derecho administrativo, véase Binenbojm, Gustavo, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, *Revista de Direito Administrativo*, 239:1, 2005.

y alemana, en precedentes que posteriormente fueron ampliados por los textos de Portugal y España. La Constitución brasileña de 1988 posee varios dispositivos sobre la administración pública, incluso con una censurable presencia de detalles y conteniendo un verdadero estatuto con relación a los servidores públicos. Por otro lado, contiene, asimismo, algunas virtudes, como la disociación de la función administrativa y de la actividad del gobierno⁸² y la enunciación expresa de principios sectoriales de derecho administrativo, que, en su redacción original, eran los de la legalidad, de la impersonalidad, de la moralidad y de la publicidad. La enmienda constitucional núm. 19, del 4 de julio de 1998, añadió a éste conjunto el principio de la eficiencia. A propósito, la tensión entre la eficiencia,⁸³ por un lado, y la legitimidad democrática, por otro, es una de las marcas de la administración pública en la actualidad.⁸⁴

Exceptuándose esto, debe señalarse que el perfil constitucional del Estado brasileño, en los dominios administrativos y económicos, fue modificado por un conjunto amplio de reformas económicas, llevadas a efecto por enmiendas y por la legislación infraconstitucional, y que pueden ser agrupadas en tres categorías: la extinción de determinadas restricciones al capital extranjero, la flexibilización de los monopolios estatales y la desestatización. Tales transformaciones modificaron las bases sobre las cuales se daba la actuación del poder público, tanto en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos como a la exploración de las actividades económicas. La reducción expresiva de la

⁸² Véase Batista, Patrícia, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

⁸³ La ley num. 9.784, de 29.01.99, que reglamenta el proceso administrativo en la esfera federal, enuncia como principios de la administración pública, entre otros, los de la legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa, contradictorio, seguridad jurídica, interés público y eficiencia.

⁸⁴ Véase Barroso, Luís Roberto, “Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”, *Temas de direito constitucional*, 2003, t. II, p. 303-4.

actuación emprendedora del Estado transfirió su responsabilidad principal para el ámbito de la regulación y fiscalización de los servicios delegados a la iniciativa privada y de las actividades económicas que exigen régimen especial. En ese contexto fueron creadas las agencias reguladoras, vía institucional por la cual se consolidó la mutación del papel del Estado en relación al orden económico.⁸⁵

El fin más decisivo que todo para la constitucionalización del derecho administrativo fue la incidencia en su dominio de los principios constitucionales, no solamente los específicos, sino, sobre todo, los de carácter general, que se irradian por todo el sistema jurídico. También aquí, a partir de la centralidad de la dignidad humana y de la preservación de los derechos fundamentales, se alteró la calidad de las relaciones establecidas entre la administración y el administrado, con la superación o reformulación de los paradigmas tradicionales.⁸⁶ Dentro de ellos es posible destacar las siguientes.

A. La redefinición de la idea de la supremacía del interés público sobre el interés privado

Con relación a éste tema, debe hacerse, en primer lugar, la distinción necesaria entre interés público *primario*, es decir, el interés de toda la sociedad, sintetizado en valores como justicia, se-

⁸⁵ Las agencias reguladoras, como categoría abstracta, no recibieron disciplina constitucional. El texto de la Constitución, sin embargo, hace mención a dos de ellas: la de telecomunicaciones (art. 21, XI) y la de petróleo (art. 177, § 2, III).

⁸⁶ Sobre este tema específico, véase los proyectos de doctoramiento de Binenbojm, Gustavo, *Direitos fundamentais, democracia e administração pública*, 2003; Corrêa Fernandes, Arícia e de, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de administração*, 2003, ambos presentados al programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, bajo mi dirección, véase Batista, Patricia, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Binenbojm, Gustavo, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, *Revista de Direito Administrativo*, 239:1, 2005.

guridad y bienestar social, y *secundario*, que es el interés de la persona jurídica de derecho público (Unión, los estados y los municipios), mezclándose con el interés de la Hacienda Pública, es decir, del erario.⁸⁷ Pues bien, el interés público secundario jamás disfrutará de una supremacía *a priori* y abstracta ante el interés particular. Si ambos entran en ruta de colisión, le corresponderá al intérprete proceder a la ponderación de dichos intereses, con base en los elementos normativos y fácticos relevantes para el caso concreto.⁸⁸

B. *La vinculación del administrador a la Constitución y no solamente a la ley ordinaria*

En este punto se supera la idea restrictiva de vinculación positiva del administrador a la ley, en la lectura convencional del principio de la legalidad, por el cual su actuación estaba basada por aquello que el legislador hubiera determinado o autorizado. El administrador puede y debe actuar teniendo por fundamento directo la Constitución y, en muchos casos, independientemente de cualquier manifestación del legislador ordinario. El principio de la legalidad cambia, de esa forma, para el principio

⁸⁷ Esta clasificación, cuyo origen es italiano, es poco difundida en la jurisprudencia brasileña, véase Alessi, Renato, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Después de Celso Antônio, otros autores utilizaron esta distinción. Véase Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, pp. 429 y ss.

⁸⁸ Para una profundización de esa discusión, véase mi prefacio al libro de Sarmiento, Daniel (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2000. Naturalmente, el mismo libro, en el cual constan los textos de gran valía sobre el tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmiento y Alexandre Aragão. El texto de Humberto Ávila fue el pionero en la discusión de la materia. Bajo otro enfoque, merece referencia el trabajo de Medina Osório, Fábio, “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?”, *Revista de Direito Administrativo*, 220:107, 2000.

de la constitucionalidad o, quizá más propiamente, para el principio de la juridicidad, comprendiendo su subordinación a la Constitución y a la ley, en este orden.

C. La posibilidad del control judicial del mérito del acto administrativo

El conocimiento convencional en materia de control del acto administrativo limitaba la cognición de los jueces y tribunales de los aspectos de la legalidad del acto (competencia, forma y finalidad) y no de su mérito (motivo y objeto), ya incluidos en este punto la conveniencia y la oportunidad de su práctica. Pero las cosas ya no son así. No sólo los principios constitucionales generales ya mencionados, sino también los específicos —como la moralidad, la eficiencia, y, sobre todo, la razonabilidad-proporcionalidad— permiten el control de la discrecionalidad administrativa (observándose, naturalmente, la contención y la prudencia, para que no se sustituya la discrecionalidad del administrador por la del juez).⁸⁹

Un último comentario debe señalarse sobre este punto, ya que hay autores que se refieren al cambio de algunos de los paradigmas tradicionales del derecho administrativo como caracterizadores de una *privatización del derecho público*, que empieza a estar sometido, por ejemplo, a algunas categorías del derecho de las obligaciones. Sería, en cierta medida, a la *publicización del derecho privado*. En realidad, es la aplicación de los principios constitucionales que lleva determinados institutos del derecho privado hacia el derecho público. El fenómeno en cuestión, por

⁸⁹ Sobre los principios constitucionales de la administración pública, véase Antunes Rocha, Carmen Lúcia, *Princípios constitucionais da administração pública*, 1994; Bacellar, Romeu, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Espíndola, Ruy Samuel, “Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas”, *Interesse Público*, 21:57, 2003.

tanto, no es el de la publicización de uno ni el de la privatización del otro, sino el de la constitucionalización de ambos. Esto implica una dilución del rigor de la dualidad derecho público-derecho privado, produciéndose áreas de confluencia y haciendo que la distinción pase a ser más cuantitativa que cualitativa.⁹⁰

3. *Derecho penal*

La repercusión del derecho constitucional sobre la disciplina de los crímenes y de las penas es amplia, directa e inmediata, aunque no haya sido explorada de manera vasta y sistemática por la doctrina especializada. La Constitución tuvo impacto sobre la validez y la interpretación de las normas de derecho penal, así como sobre la producción legislativa sobre la materia. En primer lugar, por la previsión de un amplio catálogo de garantías, insertados en el artículo 5o. Además, el texto constitucional impone al legislador el deber de criminalizar determinadas conductas,⁹¹ así

⁹⁰ No es posible profundizar en el tema, que es rico e intrincado, sin un desvío de ruta que sería largo y sin cabida bajo las circunstancias de este trabajo. Véase, sobre la cuestión, Perlingieri, Pietro, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Bodin de Moraes, Maria Celina, “A caminho de um direito civil constitucional”, *Revista de Direito Civil*, 65:23, 1993, p. 25; Gustavo Tepedino, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”, *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: “De esa forma, la inevitable alteración de los límites entre el derecho público y el derecho privado, de tal modo que la distinción deja de ser cualitativa y pasa a ser cuantitativa, no siempre pudiendo definirse cuál exactamente es el territorio del derecho público y cuál es el territorio del derecho privado. En otras palabras, pueden probablemente determinarse los ámbitos del derecho público o del derecho privado por la primacía del interés público o privado, no ya por la inexistencia de la intervención pública en las actividades del derecho privado o por la exclusión de la participación del ciudadano en las esferas de la administración pública. La alteración posee enorme significado hermenéutico, y es preciso que sea absorbida por los operadores”.

⁹¹ Como, por ejemplo, en los casos de racismo, tortura, acción de grupos armados contra el orden constitucional, crímenes ambientales o violencia contra el niño, entre otras referencia expresas. Véase arts. 5o., XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7o., X, 225, § 3 y 227, § 4

como de impedir la tipificación de otras.⁹² A esto se agrega la circunstancia de que algunas tipificaciones previamente existentes son cuestionables desde la perspectiva de los nuevos valores constitucionales y de la transformación de las costumbres,⁹³ así como pueden ser excepción en algunas de sus incidencias concretas, si alcanzan un resultado constitucional indeseable.⁹⁴

La constitucionalización del derecho penal genera un conjunto estimulante y controvertido de ideas, que deben someterse al debate doctrinario y a la consideración de la jurisprudencia. Gran parte del pensamiento jurídico no cree en las potencialida-

⁹² Como, por ejemplo: “Artículo 53. Los diputados y senadores son inviolables, civil y penalmente, por cualesquiera de sus opiniones, palabras y votos”; artículo 5o. XVI —todos pueden reunirse pacíficamente, sin armas, en locales abiertos o públicos, independiente de autorización...; XVII— es plena la libertad de asociación para fines lícitos, siendo prohibida la de carácter paramilitar”.

⁹³ Es el caso de los tipos previstos en el Código Penal (CP), como la seducción (artículo 217), adulterio (artículo 240) o de escrito obsceno, así descrito “Art. 234. Hacer, importar, exportar, adquirir o tener bajo su guarda para fin de comercio, distribución o de exposición pública, escrito, dibujo, pintura, estampa o cualquier objeto obsceno: Pena – detención, de 6 (seis) meses a 2 (dos) años o multa”.

⁹⁴ Dos decisiones del Supremo Tribunal Federal ejemplifican el argumento. En la primera, se concedió *habeas-corpus* en favor de un joven acusado de violación, por haber mantenido relaciones sexuales con una chica de 12 años. Por mayoría, la Corte decidió que la presunción de violencia artículo 224 del CP es relativa y que el crimen no se configuraba, en base a los elementos recogidos en el caso concreto —consentimiento de la víctima y su apariencia de tener más de 14 años— que tornarían extremadamente injusta la aplicación literal del dispositivo del Código Penal (STF, *DJU* 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). En otro caso, la Corte suspendió la acción penal promovida contra una ex-alcaldesa municipal, por la contratación de buena fe, pero sin concurso público, de un único barrendero. El fundamento utilizado fue la *insignificancia jurídica del acto apuntado como delictuoso, generando falta de causa justa para la acción penal* (STF, *DJU* 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre el tema de la interpretación consonante a la equidad, de modo a evitar la incidencia inicua de la regla, véase Barcellos, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional*, 2005.

des de las penas privativas de la libertad, que solamente deberían ser utilizadas en hipótesis extremas, cuando no existan medios alternativos eficaces para la protección de los intereses constitucionalmente relevantes.⁹⁵ Los bienes jurídicos constitucionales tienen una ordenación jerárquica, de manera que la gravedad de la punición debe ser graduada en función de esa lógica.⁹⁶ La disciplina jurídica vinculada con determinada infracción o con la pena aplicable no debe *ir más allá*, pero tampoco *no llegar, hasta lo necesario* para la protección de los valores constitucionales en cuestión. En el primer caso, habrá inconstitucionalidad por falta de razonabilidad o proporcionalidad,⁹⁷ en el

⁹⁵ El presente párrafo se beneficia de la discusión de las ideas traídas por Caldi de Magalhães, Valéria, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mecanografiado, 2005, trabajo final presentado dentro de la asignatura *Interpretación constitucional* del Programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro – UERJ. Señaló la autora: “Al mismo tiempo en que lo funda y lo autoriza, La Constitución reduce y limita el derecho penal, en la medida en que solamente autoriza la criminalización de conductas que afecten de manera sensible un bien jurídico esencial para la vida en comunidad. Éste es el papel del derecho penal: actuar como última *ratio*, cuando sea absolutamente necesario y no haya otros mecanismos de control social aptos para impedir o punir aquellas lesiones”.

⁹⁶ “En el ámbito del derecho penal, ante los objetivos del Estado democrático de derecho establecidos expresamente en la misma Constitución (erradicación de la pobreza, reducción de las desigualdades sociales y regionales, derecho a la salud, protección al medio ambiente, protección integral al niño y al adolescente, entre otros), los delitos que deben ser penalizados con (mayor) rigor son exactamente aquellos que, de una manera u otra, obstaculizan/dificultan/impiden la concretización de los objetivos del Estado social y democrático. Entendemos ser posible, así, afirmar que los crímenes de defraudación de tributos, lavaje de dinero y corrupción (por citar solamente algunos) merecen por parte del legislador un tratamiento más severo que los crímenes implicados con las relaciones meramente individuales (desde que cometidos sin violencia o grave amenaza)”. Streck, Lênio Luiz y Feldens, Luciano, *Crime e Constituição*, 2003, pp. 44 y 45.

⁹⁷ Es el caso de la disciplina legal generada por la ley 9.677/98 (Ley de los remedios) a la adulteración de los cosméticos. El delito es equiparado a la adulteración de medicamentos que, a su vez, prevé penas mínimas superiores a la

segundo, por omisión en la forma de actuar prescripta por la Constitución.⁹⁸

Una hipótesis específica de constitucionalización del derecho penal suscitó candente debate en la sociedad y en el Supremo Tribunal Federal (STF), la legitimidad o no de la interrupción del embarazo en las hipótesis de feto anencefálico. En la acción juzgada se pidió la interpretación conforme la Constitución de los dispositivos del Código Penal que tipificaban el crimen de aborto, para declarar su no incidencia en aquella situación de inviabilidad fetal. La gran cuestión teórica en discusión era saber si, al declarar o no la incidencia del Código penal a una determinada situación, y debido a tal hecho generar un resultado inconstitucional, estaría el STF interpretando la Constitución —que es su papel— o generando una nueva hipótesis de no punición del aborto, invadiendo la competencia del legislador.⁹⁹

del crimen de homicidio, para la falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales (CP, art. 273 e § 1, *a*). Sobre el tema, véase Miguel Reale Júnior, “A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios”, *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Otro ejemplo es el de la Ley núm. 9437/97, que en su art. 10 prevé la punición con penas asemejadas al porte de arma de fuego y de arma de juguete. Sobre la proporcionalidad en el ámbito del derecho penal, véase Sarlet, Ingo, “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência”, *Revista de estudos criminais* 12:86, 2003.

⁹⁸ Caldi de Magalhães, Valéria, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mecanografiado, 2005, p. 15, considera de “dudosa constitucionalidad” la previsión legal de extinción de la penalización de crímenes contra el orden tributario, en razón del pago del tributo antes e, incluso, después del recibimiento de la denuncia. La materia es disciplinada por el artículo 34 de la ley núm. 9.249/95 y por el artículo 9o. de la Ley núm. 10.684/2003.

⁹⁹ STF, ADPF n° 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, el STF decidió conocer la acción y apreciarle el mérito. Algunos de los argumentos presentador por la autora da acción, la Confederación Nacional de las Trabajadoras de la Salud fueron los siguientes: *i*) atipicidad del hecho: por el derecho positivo brasileño, la vida se extingue; el feto anencefálico no llega siquiera a tener vida cerebral (principio de legalidad); *ii*) exclusión de la potencial punición: el Código Penal determina la no punición en casos de riesgo de muerte

No es el propósito de este estudio —cuya finalidad es establecer un análisis panorámico— recorrer caso a caso el impacto de la Constitución sobre los diferentes segmentos del derecho. La constitucionalización, como ya se ha observado, se manifiesta de manera difusa por los diferentes dominios, aunque en grados variados. Las ideas generales presentadas son válidas, por tanto, para todas las ramas, incluyéndose al derecho laboral, al derecho comercial, al derecho ambiental, al derecho procesal y a otros.

V. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DE LAS RELACIONES SOCIALES

La constitucionalización, en la línea del argumento aquí desarrollado, expresa la irradiación de los valores constitucionales por el sistema jurídico. Esa difusión de la ley mayor por el ordenamiento ocurre por la vía de la jurisdicción constitucional, que contiene la aplicación directa de la Constitución a determinadas cuestiones; la declaración de inconstitucionalidad de las normas incompatibles; la interpretación conforme la Constitución, para atribución de sentido a las normas jurídicas en general. En el caso brasileño, debe enfatizarse, la jurisdicción constitucional es ejercida ampliamente: desde el juez estatal al Supremo Tribunal, todos interpretan la Constitución, con la posibilidad, incluso, de

para la madre y en caso de violación; en dichas situaciones, por involucrar feto con potencialidad de vida, son más drásticas que las de la anencefalia, que solamente no fue prevista expresamente debido a la inexistencia de recursos tecnológicos para el diagnóstico, cuando de la elaboración del Código Penal, en 1940 (interpretación evolutiva); *iii*) violación del principio de la dignidad de la persona humana, tanto en la versión de integridad física como psíquica, por la imposición de sufrimiento intenso e inútil a la mujer, obligándola a llevar al fin un embarazo inviable.

rehusar la aplicación de la ley o de otro acto normativo que consideren inconstitucional.¹⁰⁰

Junto al ejercicio amplio de la jurisdicción constitucional, hay otro fenómeno que debe destacarse, bajo la Constitución de 1988, aumentó de manera significativa la demanda por justicia en la sociedad brasileña. En primer lugar, por la descubierta de la ciudadanía y por la toma de conciencia por parte de las personas acerca de los propios derechos. En seguida, por la circunstancia de haber creado nuevos derechos el texto constitucional, introduciendo nuevas acciones y ampliado la legitimación activa para la tutela de los intereses, mediante representación o sustitución procesal. En ese ambiente, jueces y tribunales pasaron a desempeñar un papel simbólico importante en el imaginario colectivo. Este hecho conduce a un último desarrollo de naturaleza política, que es analizado en el siguiente párrafo.

Una de las novedades estimulantes en Brasil en los últimos años fue el virtuoso ascenso del Poder Judicial. Con la devolución de las libertades democráticas y las garantías de la magistratura, jueces y tribunales dejaron de ser un órgano técnico especializado y empezaron a desempeñar un papel político, dividiendo espacio con los poderes Legislativo y Ejecutivo. Dicha circunstancia generó una modificación sustantiva en la relación de la sociedad con las instituciones judiciales, imponiendo reformas estructurales y suscitando cuestiones complejas acerca de la extensión de sus poderes.

Pues bien, en razón de ése conjunto de factores —constitucionalización, aumento de las demandas por justicia y ascenso institucional del Poder Judicial— se verificó en Brasil una expresiva judicialización de cuestiones políticas y sociales, que pasaron a

¹⁰⁰ La Constitución de 1988 mantuvo el sistema ecléctico, híbrido o mixto, combinando el control por vía incidental y difuso (sistema estadounidense), que existía desde el inicio de la República, con el control por vía principal y concentrado, implementado con la EC núm. 16/95 (sistema continental europeo). Véase Barroso, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

tener en los tribunales su instancia decisoria final.¹⁰¹ Véase abajo, de manera ilustrativa, algunos de los temas y casos que fueron objeto de pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal o de otros tribunales, en el periodo reciente:

- a) Políticas públicas: la constitucionalidad de los aspectos centrales de la reforma del sistema de jubilaciones y pensiones (contribución efectiva de los inactivos) y de la reforma del Poder Judicial (creación del Consejo Nacional de Justicia).
- b) Relaciones entre los poderes: determinación de los límites legítimos de actuación de las comisiones parlamentares de Investigación (como la quiebra de sigilo y la orden de prisión) y del papel del Ministerio Público en la investigación criminal.
- c) Derechos fundamentales: legitimidad de la interrupción del embarazo en determinadas hipótesis de inviabilidad fetal.
- d) Cuestiones conectadas al cotidiano de las personas: legalidad del cobro por los planes telefónicos, el incremento del valor de los boletos del transporte colectivo o la fijación del reajuste de la mensualidad de los planes de salud.

Los métodos de actuación y de argumentación de los órganos judiciales son, como ya es sabido, jurídicos, pero la naturaleza de su función es innegablemente política, aspecto que es enfatizado por la ejemplificación descrita arriba; sin embargo, aunque el Poder Judicial también desempeñe un poder político, tie-

¹⁰¹ El tema es todavía poco explorado por la doctrina, véase, con todo, el trabajo-investigación elaborado por Werneck Vianna, Luiz *et al.*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999; otra visión puede verse en Werneck Vianna, Luiz (org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para un análisis crítico de esos dos trabajos, véase Alves Maciel, Débora y Koerner, Andrei, "Sentidos da judicialização da política: duas análises", *Lua Nova* 57:113, 2002.

ne asimismo características diversas con relación a los demás poderes. Es decir, sus miembros no son elegidos bajo un criterio electoral, tampoco por procesos mayoritarios. Y es bueno que sea así. La mayor parte de los países del mundo reservan una parcela del poder para que sea desempeñado por agentes públicos seleccionados, basándose en el mérito y en el conocimiento específico. Preservado, de manera ideal, de las pasiones políticas, el juez tiene la responsabilidad de decidir con imparcialidad, basándose en la Constitución y en las leyes. Pero el poder de los jueces y de los tribunales, como todo poder establecido en un Estado democrático, es representativo, lo cual significa decir que es ejercido en nombre del pueblo y debe rendir cuentas directamente a la sociedad.

En este punto específico hay una cuestión que solamente en épocas más recientes empieza a despertar el interés de la doctrina en Brasil, que es el tema de la legitimidad democrática de la función judicial, sus posibilidades y límites. Respecto al control de constitucionalidad de las normas, ya existe alguna literatura producida recientemente.¹⁰² En cuanto al control de constitucionalidad de las políticas públicas, la temática sólo ahora empieza a ser

¹⁰² En el derecho comparado, en el cual el tema es debatido desde fechase mucho, véase, por ejemplos, Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist Papers*, 1981 (la publicación original sucedió entre los años 1787 y 1788), y, en especial, *O Federalista núm. 78*; John Marshall, voto en *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Kelsen, Hans, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, 1931; Hart Ely, John, *Democracy and Distrust*, 1980; Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, 1986; Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, 1985; Rawls, John, *A Theory of Justice*, 1999; Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1989; Ackerman, Bruce, *We the people: foundations*, 1993; Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997. En la literatura nacional más reciente, véase Stamato Fernandes, Bianca, *Jurisdição constitucional*, 2005; Binenbojm, Gustavo, *A nova jurisdição constitucional Brasileira*, 2004; Souza Pereira Neto, Cláudio de, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; Leite Sampaio, José Adércio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

estudiada.¹⁰³ Es importante invertir las últimas energías en esa materia.

En sentido amplio, la jurisdicción constitucional involucra la interpretación y aplicación de la Constitución, siendo como una de sus principales expresiones el control de constitucionalidad de los actos normativos. En Brasil, esa posibilidad existe desde la primera Constitución republicana (control incidental o difuso), habiendo sido ampliada después de la enmienda constitucional núm. 16/65 (control principal o concentrado). La existencia de fundamento normativo expreso, añadido a otras circunstancias, aplazó el debate en el país sobre la legitimidad del desempeño de la corte constitucional en un rol generalmente denominado como *contra-mayoritario*:¹⁰⁴ órganos y agentes públicos no elegidos por el pueblo tienen el poder de rechazar o conformar leyes elaboradas por los representantes escogidos a través de la voluntad popular.

A lo largo de los últimos dos siglos, se impusieron en la doctrina dos grandes líneas de la justificación de ese papel de las supremas cortes/tribunales constitucionales. La primera, más tradicional, tiene raíces en la soberanía popular y en la separación de poderes, la Constitución, expresión mayor de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre las leyes, manifestaciones originadas de mayorías parlamentares. De esa manera, en el desempeño de su función de aplicación del derecho, debe el Poder Judicial afirmar dicha supremacía, rehusando la validez de una ley que se considere inconstitucional. La segunda, que involucra la realidad más compleja de

¹⁰³ Véase Barcellos, Ana Paula de, “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, *Revista de Direito Administrativo*, 240, 2005; Maselli Pinheiro Gouvêa, Marcos, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Enfoques iniciales de la cuestión pueden ser encontrados en Barroso, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; Wolfgang Sarlet, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

¹⁰⁴ La expresión “dificultad contramayoritaria” (*the counter-majoritarian difficulty*) fue construida por Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, 1986, p. 16, cuya 1a. ed. es de 1962

la nueva interpretación jurídica, busca legitimar el desempeño del control de constitucionalidad en otro fundamento: la preservación de las condiciones esenciales para el funcionamiento del Estado democrático. Al juez constitucional corresponde asegurar determinados valores sustantivos y la observancia de los procedimientos adecuados de participación y deliberación.¹⁰⁵

La cuestión del control de las políticas públicas involucra, de manera igual, la demarcación del límite adecuado entre la materia constitucional y la materia a ser sometida al proceso político mayoritario. Por un lado, la Constitución protege a los derechos fundamentales y determina la adopción de políticas públicas para realizarlos; por otro, atribuye las decisiones sobre la inversión de recursos y las opciones políticas que se deben perseguir, en cada momento, por los poderes Legislativo y Ejecutivo. Para asegurar la supremacía de la Constitución, pero no la hegemonía judicial, la doctrina empieza a volver su atención para el desarrollo de parámetros objetivos de control de las políticas públicas.¹⁰⁶

El papel del Poder Judicial, de una manera general, y del Supremo Tribunal, en particular, en relación a la interpretación y realización de la Constitución, es el combustible de un debate permanen-

¹⁰⁵ Sobre el tema, veáanse Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹⁰⁶ Véase, en especial, Barcellos Ana Paula de, *op. cit.*, nota 106. En dos trechos, sintetiza la autora, de manera feliz, los dos polos de la cuestión: en un Estado Democrático no se puede pretender que la Constitución invada el espacio de la política en una versión sustancialista radical y elitista, en que las decisiones políticas son transferidas desde el pueblo y sus representantes, a los reyes filósofos de la actualidad: los juristas y los operadores del derecho, de una manera general. Sin embargo, en otra parte: “Si la Constitución contiene normas en las cuales se estableció fines prioritarios, y si tales disposiciones son normas jurídicas de superioridad jerárquica y de centralidad en el sistema, no habría sentido concluir que la actividad de definición de políticas públicas —que van o no a realizar esos fines— debe ser totalmente ajena al control jurídico. En suma: no se trataba de absorción del político por el jurídico, sino solamente de la limitación del primero por el segundo” (énfasis del original).

te en la teoría/filosofía¹⁰⁷ constitucional contemporánea, en todo el mundo. De la misma forma que las nubes, el tema ha recorrido trayectorias variables, en función de vientos circunstanciales, y ha adquirido las formas más diversas: activismo *versus* contención judicial; interpretativismo *versus* no-interpretativismo, constitucionalismo popular *versus* supremacía judicial. La terminología inmediatamente utilizada termina por traicionar los orígenes del debate, la discusión existente acerca de la materia en los Estados Unidos, desde los primordios del constitucionalismo en aquél país. A continuación, unas palabras sobre la experiencia estadounidense.

La actuación pro-activa de la Corte Suprema, al inicio de la experiencia constitucional americana, fue una bandera del pensamiento conservador. No hay novedad en eso, allí se encontró apoyo para la política de la segregación racial¹⁰⁸ y para la invalidación de la legislación social en general,¹⁰⁹ culminando en el

¹⁰⁷ Los conceptos de teoría y filosofía constitucional no se confunden, pero vienen acercándose, como observó Pereira de Souza Neto, Cláudio, “A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo”, *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, pp. 87 y ss. “Tradicionalmente, la teoría de la constitución se destinaba a la identificación, análisis y descripción sobre qué «es» una constitución. Hoy, con todo, enfoca también el ámbito de las indagaciones que versan sobre qué la constitución «debe ser», *i. e.*, incorpora dimensiones racional-normativas, las cuales se sitúan en el espacio de lo que se ha denominado «filosofía constitucional»”.

¹⁰⁸ En *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], juzgado en 1857, la Suprema Corte consideró inconstitucionales tanto las leyes estatales como las federales que pretendiesen conferir ciudadanía a los negros, que eran vistos como seres inferiores y no tenían la protección constitucional. En la más condenada decisión del constitucionalismo estadounidense, la Suprema Corte se alineó a la defensa de la esclavitud. Muchos años pasaron hasta que el tribunal pudiera recuperar su autoridad moral y política. Véase Nowack, Rotunda y Young, *Constitutional Law*, 2000, p. 687.

¹⁰⁹ A partir de fines del siglo XIX, la Suprema Corte se hizo intérprete del pensamiento liberal, fundado en la idea de *laissez faire*, por la cual el desarrollo es mejor fomentado con la menor interferencia posible por parte del poder público. La decisión que de manera más clara simbolizó ese período fue proferida en el año 1905 en el caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), en la cual,

conflicto entre el presidente Roosevelt y la Corte.¹¹⁰ La situación cambió diametralmente a partir de la década de los cincuenta, cuando la Suprema Corte, bajo las presidencias de Warren y Burger, empezó a producir jurisprudencia cualificada como progresista en materia de derechos fundamentales,¹¹¹ incluyendo negros, presos y mujeres, así como las cuestiones involucradas con la privacidad y el aborto.¹¹²

en nombre de la libertad de contrato, se consideró inconstitucional una ley de Nueva York que limitaba la jornada de trabajo de los panaderos. Bajo el mismo fundamento, la Suprema Corte invalidó innumeradas otras leyes. Ese período quedó conocido como la era *Lochner*.

¹¹⁰ Elegido en 1932, después de la crisis de 1929, Franklin Roosevelt deflagó el *New Deal*, programa económico y social caracterizado por la intervención del Estado en el dominio económico y por la edición de amplia legislación social. En base a la doctrina desarrollada en la era *Lochner*, la Suprema Corte empezó a declarar inconstitucionales dichas leyes, generando un conflicto con el Poder Ejecutivo. Roosevelt llegó a enviar un proyecto de ley para el Congreso, ampliando la composición de la Corte —*Court-packing plan*—, que no logró ser aprobado. La Suprema Corte, sin embargo, terminó por cambiar su orientación y abdicó del examen de mérito de las normas de carácter económico y social, teniendo como marco la decisión proferida en *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379) de 1937.

¹¹¹ “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong... Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”, Kramer, Larry D., “Popular Constitutionalism, Circa 2004”, *California Law Review*, 92:959, 2004, p. 964-5:

¹¹² Earl Warren presidió la Corte Suprema de 1953 hasta 1969; Warren Burger de 1969 hasta 1986. Algunas decisiones paradigmáticas de esos periodos fueron: *Brown vs. Board of Education* (1954), que consideró inconstitucional la política de segregación racial en las escuelas públicas, *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidó una ley estadual que incriminaba el uso de la píldora contraceptiva reconociendo un derecho implícito a la privacidad; y *Roe vs. Wade* (1973), que consideró inconstitucional ley estadual que criminalizaba el aborto, aun antes del tercer mes de embarazo. En el dominio del proceso penal,

En los años siguientes, el debate central en la teoría constitucional norteamericana contrapuso, de un lado, a los liberales (o progresistas), favorables al *judicial review* y a algún grado de activismo judicial, y, de otro lado, a los conservadores favorables a la contención judicial y a teorías como el originalismo y el no-interpretativismo.¹¹³ Desde hace algún tiempo, en virtud del amplio dominio republicano y conservador, con reflejos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, algunos juristas liberales empiezan a cuestionar lo que se denomina “supremacía judicial” y defendiendo un todavía impreciso constitucionalismo popular, con el acto de “sacar la Constitución de los tribunales”.¹¹⁴

El debate, en su esencia, es universal y se ubica cerca de las tensiones y superposiciones entre constitucionalismo y democracia. Es importante señalar, sin embargo, que la idea de democracia no se resume en el principio mayoritario, es decir, en el gobierno de la

fueron proferidas las decisiones contundentes ya mencionadas en casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) y *Miranda vs. Arizona* (1966)

¹¹³ La crítica de índole conservadora, estimulada por el largo periodo de gobiernos republicanos, vino embalada por una corriente doctrinaria denominada originalismo, defensora de la idea poco consistente de que la interpretación constitucional debería ceñirse a la intención original de los creadores de la Constitución. Sobre el tema, véase Bork, Robert, *The Tempting of América*, 1990; Rehnquist, William, “The Notion of a Living Constitution”, *Texas Law Review*, 54:693, 1976. EN sentido opuesto, véase Horwitz Morton J., “Foreword: the Constitution of Change: Legal Fundamentalism Without Fundamentalism”, *Harvard Law Review*, 107:30, 1993; Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, 2000, pp. 302 y ss. Para un análisis amplio de esa temática en lengua portuguesa, véase Stamato, Bianca, *Jurisdição constitucional*, 2005

¹¹⁴ Véase algunos textos escritos en los últimos años. En favor del “popular constitutionalism”, véase Kramer, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 2004; Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999; Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, 1999; Parker, Richard D., “Here the People Rule”: *A Popular Constitutionalist Manifest*, 1994. En defensa de la “judicial review”, véase Eisgruber’s, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, 2001; Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer”, *California Law Review*, 92:1013, 2004; Schauer, Frederick, *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*, *California Law Review*, 92: 1045.

mayoría. Hay otros principios que deben ser preservados y hay derechos de la minoría que deben ser respetados. Ciudadano es un concepto diferente del concepto de elector; gobierno del pueblo no es lo mismo que gobierno del electorado.¹¹⁵ En general, el proceso político mayoritario se mueve motivado por intereses; en cambio, la lógica democrática se inspira en valores. Y, muchas veces, sólo el Poder Judicial podrá preservarlos.¹¹⁶ El *déficit* democrático del Poder Judicial, generado por la dificultad contra-mayoritaria, no es necesariamente mayor que el del Poder Legislativo, cuya composición puede estar afectada por disfunciones diversas, entre las cuales están la utilización de la máquina administrativa, el abuso del poder económico y la manipulación de los medios de comunicación.¹¹⁷

¹¹⁵ Eisgruber, Christopher L., “Constitutional Self-Government and Judicial Review: A Reply to Five Critics”, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31.

¹¹⁶ La jurisdicción constitucional se legitimó, históricamente, por el inestimable servicio prestado a dos ideas centrales que se fusionaron para crear el moderno Estado democrático de derecho: Constitucionalismo (*i. e.*, poder limitado y respeto de los derechos fundamentales) y democracia (soberanía popular y gobierno de la mayoría). El papel de la corte constitucional es asegurar que todos esos elementos convivan en armonía, siendo su función, además, la atribución delicada de detener la mayoría cuando ella pase por encima del procedimiento democrático o vulnere los derechos fundamentales. Un buen ejemplo fue la decisión del STF reconociendo el derecho público subjetivo, asegurado a las minorías legislativas, de ver instaurada Comisión Parlamentar de Investigación (CPI de los bingos). Ante la inercia de los líderes partidarios de indicar los nombres de los representantes de sus agremiaciones, la Corte concedió mandado de seguridad para que el mismo Presidente del Senado designase los nombres faltantes, véase *Inf. STF 393*, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 de junio de 2005.

¹¹⁷ Vital Moreira, “O Futuro da Constituição”, en Grau, Eros Roberto y Gueirra Filho, Willis Santiago, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323. En la fórmula constitucional primordial, “todo poder reside en el pueblo”. Pero la verdad es que, en la formulación de Sternberger, “no todo el poder viene del pueblo”. Hay el poder económico, el poder mediático, el poder de las corporaciones sectoriales. Y, por veces, esos poderes se sobreponen al “poder del pueblo”.

El papel del Poder Judicial y, en especial, el de las cortes constitucionales debe ser el de resguardar el proceso democrático y promover los valores constitucionales y tribunales supremos, superando el déficit de legitimidad de los demás poderes, cuando sea el caso. Pero, por otro lado, sin descalificar su propia actuación, lo que sucederá en el caso de que el Poder Judicial actúe de manera abusiva, no realizando los principios constitucionales y, en su lugar, ejerciendo preferencias políticas.¹¹⁸ Además, en los países de tradición democrática menos enraizadas, es deber del tribunal constitucional funcionar como garante de la estabilidad institucional, mediando los conflictos entre los tres poderes o entre éstos y la sociedad civil. Son sus dos grandes roles, resguardar los valores fundamentales y los procedimientos democráticos, así como asegurar la estabilidad institucional.

En Brasil, sólo en tiempos más recientes, se empezó a estudiar el equilibrio entre la supremacía de la Constitución, interpretación constitucional por parte del Poder Judicial y proceso político mayoritario. El texto prolijo de la Constitución, la falta de funcionalidad del Poder Judicial y la crisis de legitimidad que involucra al Ejecutivo y al Legislativo hacen que su tarea se torne un tanto más compleja. Los otros diversos ingredientes de la vivencia brasileña espantan los riesgos del tedio o del marasmo, aunque provoquen sustos paralizantes. La difícil tarea de construir las instituciones de un país que se atrasó en la historia exige energía, idealismo e inmunización contra la amargura. Un hecho es irrefutable: nadie se escapa de su propio tiempo.

¹¹⁸ “Como ya referido, la Constitución, sin embargo, no ocupa ni puede pretender ocupar todos los espacios jurídicos dentro del Estado, so pena de asfixiar el ejercicio democrático de los pueblos en cada momento histórico. Respetadas las reglas constitucionales y dentro del espacio de sentido posible de los principios constitucionales, el poder Legislativo está libre para hacer las escogidas que le parezcan mejores y más consonantes a los anhelos de la población que lo eligió”, Barroso, Luís Roberto, “Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário”, *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, pp. 314-5.