

LA RAZÓN SIN VOTO: LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA Y MAYORITARIA DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

Luís Roberto BARROSO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunas concepciones de Mark Tushnet.* III. *La jurisdicción constitucional.* IV. *El papel contramayoritario de las cortes supremas.* V. *La crisis de la representación política.* VI. *El papel representativo del Supremo Tribunal Federal.* VII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Mis caminos académicos y los del profesor Mark Tushnet se han cruzado algunas veces a lo largo de los años. Aún en la década de 1980, al inicio de mi carrera como profesor, leí textos suyos cuando él era una figura preeminente en el movimiento conocido como *Critical Legal Studies*. Mucho más adelante, pasamos a encontrarnos, aquí y allí, en seminarios y eventos académicos. Durante mi estancia como *visiting scholar* en Harvard, en 2011, tuvimos la oportunidad de intercambiar ideas en más de una ocasión. En dos encuentros en universidades diversas, debatimos directamente, integrando un mismo panel. La primera vez fue en la Pontificia

* Ministro del Supremo Tribunal Federal. Profesor titular de derecho constitucional de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ). Magíster en derecho por la Universidad de Yale. Doctor y libre-docente por la UERJ. Profesor visitante en la Universidad de Poitiers, Francia (2010). *Visiting Scholar* en la Universidad de Harvard (2011).

Universidad Católica, en Porto Alegre, Brasil, donde discutimos el papel de los precedentes en el derecho en general y en el derecho constitucional en particular. Los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* han recorrido una trayectoria de relativo acercamiento en los últimos tiempos. La ley escrita, votada por el Legislativo, pasó a tener importancia mucho más grande en países como Estados Unidos, Reino Unido y Canadá; por otro lado, el respeto a los precedentes, en consecuencia de decisiones judiciales de los tribunales superiores, pasó a tener mucho más significado en países como Brasil, México o Chile. Soy un defensor de la valorización y de la observancia amplia de la jurisprudencia, en nombre de la igualdad, de la seguridad jurídica y de la mayor eficiencia del sistema judicial. Eso, naturalmente, conlleva un cierto cambio cultural de los juristas formados en la tradición romano-germánica. En esa materia, nuestras posiciones eran sustancialmente concordantes.

Nuestro otro debate fue en la Universidad de Harvard, en Cambridge, Estados Unidos, a propósito de las relaciones entre derecho y política y, en particular, del papel de las supremas cortes y tribunales constitucionales en una democracia. En esa materia, con relación en algunas cuestiones, teníamos puntos de observación distintos. Tales divergencias no eran propiamente filosóficas o ideológicas. En realidad, al menos en gran parte, ellas pueden ser atribuidas a la experiencia reciente de nuestros países en lo que concierne a la jurisdicción constitucional. De hecho, en Estados Unidos, comenzando en el periodo de la presidencia de Richard Nixon, pero sobre todo luego de la ascensión de Ronald Reagan, la Suprema Corte americana sufrió el impacto de una ola conservadora, poniendo en riesgo ciertas conquistas traídas por la jurisprudencia progresista que tuvo como símbolo la Corte Warren. En Brasil, por otra parte, después de la redemocratización, en 1988, y sobre todo a partir de mediados de los años 2000, el Supremo Tribunal Federal se convirtió en un importante instrumento de protección de los derechos fundamentales y de avance social. En diversos momentos, el Tribunal desempeñó un papel decisivo al contrabalancear la tradición de hegemonía del

Poder Ejecutivo y al superar la inercia del Congreso Nacional en temas importantes.

El texto que sigue es, de cierta manera, la profundización de este último diálogo, relacionado especialmente con las funciones desempeñadas por la jurisdicción constitucional en regímenes democráticos.¹ Antes de exponer mis propias ideas y de relatar algunos aspectos de la experiencia brasileña, he preparado un capítulo inicial con la síntesis sumaria de algunas posiciones de Mark Tushnet, recogidas en tres de sus principales libros.

II. ALGUNAS CONCEPCIONES DE MARK TUSHNET

En su libro *Taking the Constitution away from the Courts*,² publicado en 1999, Mark Tushnet cuestiona duramente la tradición norteamericana de jurisdicción constitucional (*judicial review*)³ y de supremacía judicial en la interpretación y aplicación de la Constitución. Sostiene que, al contrario de lo que cree el conocimiento convencional —o, al menos, la visión liberal-progresista—, la defensa de los derechos fundamentales tiene mejores guardianes en los ciudadanos, en la política y en el Legislativo que en la Suprema Corte. Radicalizando el argumento un poco más allá, Tushnet afirma que si la Suprema Corte norteamericana anunciara que ya no ejercería la jurisdicción constitucional, eso haría poca diferencia para la sociedad y para el pueblo norteamericano, inclusive en lo que se refiere a la protección de sus derechos. El libro defiende un

¹ El presente texto es una adaptación de un trabajo mayor, titulado *La razón sin voto: el Supremo Tribunal Federal y el gobierno de la mayoría*, todavía inédito.

² *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

³ Normalmente, la expresión *judicial review* se traduce como control de constitucionalidad. Sin embargo, he optado por la expresión más abarcadora *jurisdicción constitucional*. Es que las supremas cortes o tribunales constitucionales desempeñan un papel más abarcador que sólo declarar leyes inconstitucionales o no, como la interpretación de la legislación conforme a la Constitución y la superación de eventuales omisiones inconstitucionales, para citar dos ejemplos.

llamado *constitucionalismo popular*,⁴ que saque la Constitución de los tribunales y de su visión elitista del derecho constitucional, y la devuelva al pueblo y a sus representantes. De paso, Tushnet critica a los autores liberales y progresistas defensores del *judicial review*, por tener miedo del pueblo y de sus decisiones, y creer en la ilusión “de que la Suprema Corte nos puede salvar de nosotros mismos”.

En otro libro, titulado *Weak Courts, Strong Rights*,⁵ publicado en 2008, Mark Tushnet explora dos temas diversos, tratando de hacer una importante conexión entre ellos: el papel de las cortes constitucionales en una democracia y las condiciones de posibilidad de asegurar derechos sociales en la Constitución. Para los propósitos del presente artículo, hay que destacar la distinción que el autor hace entre *forma fuerte* y *forma débil* de jurisdicción constitucional. El modelo fuerte es el practicado en los Estados Unidos y en los países que han seguido la fórmula que allá prevalece, desde *Marbury v. Madison*, juzgado en el 1803. En él, la interpretación de la Constitución hecha por la Suprema Corte es final y no susceptible de revisión. A la inversa, en lo que llama de modelo débil, el Poder Legislativo o el Ejecutivo pueden eventualmente rechazar o superar decisiones dictadas por la Corte Suprema. Los modelos que invoca son Nueva Zelanda, Reino Unido y Canadá. En Canadá, particularmente, dos disposiciones constitucionales dan lugar a una fórmula “dialógica” de jurisdicción constitucional, lo que permite, como su nombre indica, una conversación entre instituciones judiciales y legislativas sobre ciertos temas. En la práctica, no existen precedentes relevantes en la materia en Canadá mismo. Pero el concepto de diálogo institucional o diálogo constitucional ha permitido la adopción de “islas” de control débil en sistemas que adoptan el control fuerte, como bien intuyó Tushnet.

⁴ Tushnet habla en “populist constitutionalism”. Pero en algunos países, el término *populista* tiene una connotación negativa, identificando políticas demagógicas de corto plazo y efectos negativos a lo largo del tiempo.

⁵ Tushnet Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University, 2008.

Por fin, en *Why the Constitution Matters*,⁶ publicado en 2010, Mark Tushnet trata de desmitificar la creencia, ampliamente arraigada en la teoría constitucional, de que el principal papel de una Constitución es la definición y la protección de los derechos fundamentales. Según él, la Constitución es verdaderamente importante, no porque protege determinados derechos fundamentales, sino porque estructura el funcionamiento de la política. Es en el ámbito de la política ordinaria, y no de la Constitución, donde se toman las grandes decisiones que repercuten concretamente sobre la vida de las personas. El proceso legislativo y el Congreso son mucho más influyentes que el proceso judicial y las decisiones de la Suprema Corte, según él cree. Más que eso, Tushnet trata de demostrar, con variados ejemplos, cómo la política influye en la Suprema Corte misma y su definición de cuáles sean los derechos fundamentales. En ese punto, él sustenta el argumento de que casi siempre la Suprema Corte se alinea a la voluntad de la mayoría nacional o al menos al sentimiento que se hizo prevaleciente en las élites. Y concluye que tratar la interpretación constitucional como una forma de política es algo positivo.

Puestas esas ideas, toca contrastarlas con lo que se pasa en un mundo diverso del americano.

III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, los países de Europa continental y los que siguen la tradición romano-germánica, de modo general, asistieron a un importante cambio de paradigma con relación en el diseño y la teoría constitucionales: la transición del Estado legislativo de derecho para el Estado constitucional de derecho.⁷ En el modelo antiguo, la Constitución era comprendi-

⁶ Tushnet Mark, *Why the Constitution matters*, New Haven, Yale University Press, 2010.

⁷ Sobre el tema, véase Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, pp. 14-17, y Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Ley, Derechos, Justicia, 2005, pp. 21-41.

da esencialmente como un documento político, cuyas normas no eran aplicables directamente, quedando pendiente de desarrollo por el legislador o por el administrador. Tampoco había el control de constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial —o, donde había, era tímido y poco relevante—. En ese ambiente, prevalecía la centralidad de la ley y la supremacía del parlamento. En el Estado constitucional de derecho, la Constitución pasa a valer como norma jurídica. A partir de entonces, ella no sólo disciplina el modo de producción de las leyes y actos normativos, sino también establece determinados límites para su contenido, además de imponer deberes de actuación al Estado. En ese nuevo modelo, prevalece la centralidad de la Constitución y la supremacía judicial, como tal entendida la primacía de un tribunal constitucional o suprema corte en la interpretación final y vinculante de las normas constitucionales.

La expresión “jurisdicción constitucional” se refiere a la interpretación y aplicación de la Constitución por órganos judiciales. En el caso de Brasil —y de los países que siguen el modelo americano en general— esa competencia es ejercida por todos los jueces y tribunales, situándose el Supremo Tribunal Federal en la cima del sistema. La jurisdicción constitucional comprende dos actuaciones particulares. La primera, de aplicación directa de la Constitución a las situaciones en ella contempladas. Por ejemplo, el reconocimiento de que determinada competencia es del gobierno federal y no de los estados, o el derecho a la libertad de expresión sin censura previa. También se inserta en la aplicación directa de la Constitución la competencia, más compleja y políticamente delicada, de subsanar omisiones inconstitucionales, en los casos en que la ausencia de norma reguladora frustra el ejercicio de un derecho fundamental. La segunda actuación tiene que ver con la aplicación indirecta de la Constitución, que ocurre cuando el intérprete la utiliza como parámetro para verificar la validez de una norma infraconstitucional (control de constitucionalidad) o para atribuir a ella el mejor sentido, en medio de diferentes posibilidades (interpretación conforme a la Constitu-

ción). En suma: la jurisdicción constitucional comprende el poder ejercido por jueces y tribunales en la aplicación directa de la Constitución, en el desempeño del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos del poder público en general y en la interpretación del ordenamiento infraconstitucional conforme a la Constitución.

Desde el punto de vista político-institucional, el desempeño de la jurisdicción constitucional por supremas cortes o tribunales constitucionales en el mundo envuelve dos tipos de actuación: la contramayoritaria y la representativa. La actuación contramayoritaria es uno de los temas más analizados en la teoría constitucional, que hace muchas décadas discute la legitimidad democrática de la invalidación de actos del Poder Legislativo y Ejecutivo por órgano jurisdiccional. Ya la función representativa ha sido largamente ignorada por la doctrina y los formadores de opinión en general. No obstante, en algunas partes del mundo, y destacadamente en Brasil, este segundo papel se hizo no sólo más visible, sino circunstancialmente más importante. El presente capítulo trata de dar luz sobre ese fenómeno, que ha pasado curiosamente desapercibido, a pesar de ser, posiblemente, la más importante transformación institucional de la última década.

IV. EL PAPEL CONTRAMAYORITARIO DE LAS CORTES SUPREMAS

El Supremo Tribunal Federal, como las cortes constitucionales en general, ejerce el control y constitucionalidad de los actos normativos, inclusive aquellos emanados del Poder Legislativo y del jefe del Poder Ejecutivo. En el desempeño de esa atribución, puede invalidar actos del Congreso Nacional —compuesto por representantes elegidos por el pueblo brasileño— y del presidente de la República, electo con más de media centena de millones de votos. Vale decir: once ministros del STF (en realidad seis, puesto que basta la mayoría absoluta), que jamás han recibido un voto

popular, pueden sobreponer su interpretación de la Constitución a la que se hizo por agentes políticos investidos de mandato representativo y legitimidad democrática. A esa circunstancia, que genera una aparente incongruencia en el ámbito de un Estado democrático, la teoría constitucional dio el apodo de “dificultad contramayoritaria”.⁸

Pese a resistencias teóricas puntuales,⁹ ese papel contramayoritario del control judicial de constitucionalidad se hizo casi universalmente aceptado. La legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional ha sido puesta con base en dos fundamentos principales: *a)* la protección de los derechos fundamentales, que corresponden al mínimo ético y a la reserva de justicia de una comunidad política,¹⁰ no susceptibles de ser atropellados por deliberación política mayoritaria, y *b)* la protección de las reglas del juego democrático y de los canales de participación política de todos.¹¹ La mayor parte de los países del mundo confiere al Poder Judicial y, más particularmente a su suprema corte o corte constitucional, el estatus de centinela contra el riesgo de la tiranía de las mayorías.¹² Así, se evita que puedan acabar el proceso democrático u oprimir a las minorías. En estos días hay un razonable consenso en que el concepto de democracia trasciende la idea de gobierno de la mayoría, exigiendo la incorporación de otros valores fundamentales.

⁸ La expresión se hizo clásica a partir de la obra de Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, 1986, pp. 16 y ss. La primera edición del libro es de 1962.

⁹ Por ejemplo, Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346, y Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, 2000.

¹⁰ La equiparación entre derechos humanos y reserva mínima de justicia la hace Robert Alexy en diversos de sus trabajos. Véase, por ejemplo, *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.

¹¹ Para esa visión procesalista del papel de la jurisdicción constitucional, véase Hart Ely, John, *Democracy and Distrust*, 1980.

¹² La expresión fue utilizada por John Stuart Mill en *On Liberty*, 1874, p. 13: “La tiranía de la mayoría es ahora generalmente incluida entre los males contra los cuales la sociedad necesita ser protegida...”.

Uno de esos valores fundamentales es el derecho de cada individuo a igual respeto y consideración,¹³ es decir, a ser tratado con la misma dignidad que los demás —lo que incluye tener sus intereses y opiniones tomados en cuenta—. La democracia, por lo tanto, para más allá de la dimensión procedimental de ser el gobierno de la mayoría, posee igualmente una dimensión sustantiva, que incluye igualdad, libertad y justicia. Es eso que la transforma, verdaderamente, en un proyecto colectivo de autogobierno, en el que nadie es deliberadamente abandonado. Más que el derecho de participación igualitaria, democracia significa que los vencidos en el proceso político, así como los segmentos minoritarios en general, no están desamparados y entregados a la propia suerte. Precisamente lo contrario, conservan su condición de miembros igualmente dignos de la comunidad política.¹⁴ En casi todo el mundo, el guardián de esas promesas¹⁵ es la suprema corte o el tribunal constitucional, por su capacidad de ser un fórum de principios¹⁶ —o sea, de valores constitucionales, y no de política— y de razón pública —es decir, de argumentos que puedan ser aceptados por todos los involucrados en el debate—.¹⁷ Sus miembros no dependen del proceso electoral y sus decisiones deben dar argumentos normativos y racionales que las soporten.

Toca registrar que ese papel contramayoritario de Supremo Tribunal Federal ha sido ejercido, como es propio, con razonable parsimonia. De hecho, en las situaciones en que no están en juego derechos fundamentales y los presupuestos de la democracia, la Corte debe ser deferente para con la libertad de conformación

¹³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, p. 181. La primera edición es de 1977.

¹⁴ Mendonça, Eduardo, *A Democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramayoritária*, tesis de doctorado escrita bajo mi supervisión, UERJ, mimeografiada, 2014, p. 84.

¹⁵ La expresión consta del título del libro de Garapon, Antoine, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 1999.

¹⁶ Dworkin, Ronald, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981.

¹⁷ Rawls, John, *Political Liberalism*, 2005. La primera edición es de 1993.

del legislador y la razonable discrecionalidad del administrador. Por eso mismo, es relativamente bajo el número de disposiciones de leyes federales efectivamente declaradas inconstitucionales bajo la vigencia de la Constitución de 1988.¹⁸ Es cierto que, en una singularidad brasileña, hay algunos precedentes de disposiciones de enmiendas constitucionales cuya invalidez ha sido declarada por el STF.¹⁹ Pero, también aquí, nada de especial significación, en cantidad y calidad. Anótese, por relevante, que en algunos casos emblemáticos de judicialización de decisiones políticas —como la legitimidad o no de las investigaciones con células madre embrionarias, la validez o no de ley federal que establecía acciones afirmativas en favor de negros en el acceso a universidades y la constitucionalidad del decreto del presidente de la República que demarcó una extensa área del Estado de Roraima como reserva indígena—, la posición del Tribunal, en todos ellos, fue de autocontención y de preservación de la decisión tomada por el Congreso Nacional o por el presidente de la República.

Hasta acá se trató de justificar la legitimidad democrática del papel contramayoritario ejercido por la jurisdicción constitucional, así como demostrar que no hay superposición plena entre el concepto de democracia y el principio mayoritario. Antes de analizar el tema de la función representativa del STF y concluir el presente ensayo, toca enfrentar una cuestión compleja y delicada en todo el mundo, materializada en la siguiente indagación:

¹⁸ Con base en el estudio elaborado por la Secretaría de Gestión Estratégica, del Supremo Tribunal Federal se pudieron identificar 93 disposiciones de ley federal declaradas inconstitucionales, desde el inicio de vigencia de la Constitución de 1988 —un número poco expresivo, aún más cuando se considera que han sido editadas, en el mismo periodo, nada menos que 5,379 leyes ordinarias federales, sumadas a otras 88 leyes complementarias—.

¹⁹ Véase STF, DJ 09.03.1994, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches; STF, ADI 1.946, DJ 16.05.2003, Rel. Min. Sydney Sanches; STF, DJ 18.02.2005, ADI 3.128, Rel. p/ el fallo Min. Cezar Peluso; STF, DJe 19.05.2011, MC en la ADI 2.356, Rel. p/ el fallo Min. Ayres Britto; STF, DJe 19.12.2013, ADI 4.357 y ADI 4.425, Rel. Min. Luiz Fux.

¿hasta qué punto se puede afirmar, sin aferrarse a una ficción o a una idealización desconectada de los hechos, que los actos legislativos corresponden, efectivamente, a la voluntad mayoritaria?

V. LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Desde hace muchas décadas, en todo el mundo democrático, es recurrente el discurso acerca de la crisis de los parlamentos y de las dificultades de la representación política. Desde Escandinavia hasta América Latina, una mezcla de escepticismo, indiferencia e insatisfacción señala la relación entre la sociedad civil y la clase política. En los países en los que el voto no es obligatorio, los índices de abstención revelan el desinterés general. En países de voto obligatorio, como Brasil, un porcentaje muy bajo de electores es capaz de recordar en quién ha votado en las últimas elecciones parlamentarias. Disfuncionalidad, corrupción, captura por intereses privados son temas globalmente asociados a la actividad política. Y, sin embargo, en cualquier Estado democrático, la política es un producto de primera necesidad. Pero las insuficiencias de la democracia representativa, en la fase actual, son excesivamente obvias para que sean ignoradas.

La consecuencia inevitable es la dificultad del sistema representativo de expresar, efectivamente, la voluntad mayoritaria de la población. Como he dicho, el fenómeno es en cierta medida universal. En los Estados Unidos, cuya política interna tiene una visibilidad global, los excesos del financiamiento electoral, la infiltración no deseada de la religión en el espacio público y la radicalización de algunos discursos partidarios han deteriorado el debate público y alejado a los ciudadanos comunes. Vicesititudes similares afectan países de América Latina y de Europa, con populismos de izquierda, en una, y de derecha en otra. En Brasil, por igual, se vive una situación delicada, en que la actividad política se desconectó de la sociedad civil, que pasó a verla con

indiferencia, desconfianza o desprecio. A lo largo de los años, la amplia exposición de las disfunciones del financiamiento electoral, de las relaciones oblicuas entre el Poder Ejecutivo y parlamentarios y del ejercicio de cargos público para provecho propio reveló los males de un sistema que genera mucha indignación y pocos resultados. En suma: la doctrina, que antes se interesaba por el tema de la dificultad contramayoritaria de los tribunales constitucionales, comienza a poner su atención en el déficit democrático de la representación política.²⁰

Esa crisis de legitimidad, representatividad y funcionalidad de los parlamentos ha generado, como primera consecuencia, en diferentes partes del mundo, un fortalecimiento del Poder Ejecutivo. En los últimos años, sin embargo, y con especial expresión en Brasil, se ha verificado una expansión del Poder Judicial y, notablemente, del Supremo Tribunal Federal. En curiosa paradoja, el hecho es que en muchas situaciones jueces y tribunales se hicieron más representativos de los anhelos y demandas sociales que las instancias políticas tradicionales. Es raro, pero vivimos un momento en que la sociedad se identifica más con sus jueces que con sus parlamentarios. Un ejemplo ilustra bien la afirmación: cuando el Congreso Nacional aprobó las investigaciones con células madre embrionarias, el tema pasó desapercibido. Cuando la ley fue cuestionada en el STF, se vio un debate nacional. Es imperativo tratar de comprender mejor ese fenómeno, explorar eventuales potencialidades positivas y remediar la distorsión que él representa. La teoría constitucional todavía no ha elaborado analíticamente el tema, a pesar de la constatación inevitable: la democracia ya no fluye exclusivamente por las instancias políticas tradicionales.

²⁰ Véase, por ejemplo, Graber, Mark A., “The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order”, *Annual Review of Law and Social*, vol. 4, 2008, pp. 361 y 362; Véase también Roberto Barroso, Luís, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, 2005, p. 41.

VI. EL PAPEL REPRESENTATIVO DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“El gran arte en política no es oír a los que hablan, sino a los que callan”.

Etienne LAMY

A lo largo del texto se buscó destacar la sustantivación del concepto de democracia, que, además de no identificarse integralmente con el principio mayoritario, ha buscado nuevos mecanismos de expresión. Uno de ellos ha sido la transferencia de poder político —acá incluido cierto grado de creación judicial del derecho— para órganos como el Supremo Tribunal Federal. El presente tópico trata de explorar ese fenómeno, tanto en su dinámica interna como en sus causas y consecuencias. En el arreglo institucional contemporáneo, en que se da la confluencia entre la democracia representativa y la democracia deliberativa,²¹ el ejercicio del poder y de la autoridad es legitimado por votos y por argumentos. No hay dudas de que el modelo tradicional de separación de poderes, concebido en el siglo XIX y que sobrevivió al siglo XX, ya no logra justificar, en toda su extensión, la estructura y funcionamiento del constitucionalismo contemporáneo. Para utilizar un lugar común, parodiando a Antonio Gramsci, vivimos un momento en que el viejo ya murió y el nuevo todavía no ha nacido.²²

²¹ La idea de democracia deliberativa tiene como precursores autores como John Rawls, con su énfasis en la razón, y Jürgen Habermas, con su énfasis en la comunicación. Sobre democracia deliberativa, véase, entre muchos, en lengua inglesa, Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy?*, 2004; en portugués, Pereira de Souza Neto, Cláudio, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2006.

²² Gramsci, Antonio, *Cadernos do Cárcere*, 1926-1937. Disponible, en la versión en español, en: <http://pt.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>: “La crisis consiste precisamente en el hecho de que el viejo está muriendo y el nuevo no puede nacer. En ese intervalo, una gran variedad de síntomas mórbidos aparecen”. Véase también la

La doctrina de la dificultad contramayoritaria, estudiada anteriormente, se asienta en la premisa de que las decisiones de los órganos electivos, como el Congreso Nacional, serían siempre expresión de la voluntad mayoritaria. Y que, al revés, las decisiones dictadas por una corte suprema, cuyos miembros no son electos, jamás serían. Cualquier estudio empírico desacreditaría ambas proposiciones. Por numerosas razones, el Poder Legislativo no siempre expresa el sentimiento de la mayoría.²³ Además del ya mencionado déficit democrático resultante de las fallas del sistema electoral y partidario, es posible señalar algunas otras. En primer lugar, minorías parlamentarias pueden funcionar como *veto players*,²⁴ obstruyendo el procesamiento de la voluntad de la misma mayoría parlamentaria. En otros casos, el autointerés del Poder Legislativo lo lleva a decisiones que frustran el sentimiento popular. Además de eso, parlamentos en todo el mundo están sujetos a la captura eventual por intereses especiales, eufemismo que identifica el atendimiento a intereses de ciertos agentes influyentes desde el punto de vista político o económico, aun cuando estén en conflicto con el interés colectivo.²⁵

Por otra parte, no es raro ni sorprendente que el Poder Judicial, en ciertos contextos, sea mejor intérprete del sentimiento mayoritario. Un sinnúmero de razones contribuyen para eso.

entrevista del sociólogo Zigmunt Bauman, disponible en: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/24025-%60%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-nao-nasceu%60%60-entrevista-com-zigmunt-bauman>.

²³ Sobre el tema, véase Barrett Lain, Corinna, “Upside-down Judicial Review”, *The Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012, p. 113. Véase también Klarman, Michael J., “The Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 85, 1996-1997, p. 49.

²⁴ *Veto players* son actores individuales o colectivos con capacidad de parar el juego o impedir el avance de una agenda. Sobre el tema, véase Abramovay, Pedro, *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*, 2012, pp. 44 y s.

²⁵ Ese tema ha sido objeto de estudio, en los Estados Unidos por parte de la llamada *public choice theory*, que busca desmitificar la asociación entre ley y voluntad de la mayoría. Para un resumen de esos argumentos, véase Brandão, Rodrigo, *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a ultima palavra sobre o sentido da constituição*, 2012, p. 205.

Comienzo por una, que es menos explorada por la doctrina en general, pero particularmente significativa en Brasil. Los jueces son reclutados, en la primera instancia, por medio de concurso público. Eso significa que personas provenientes de diferentes orígenes sociales, desde que hayan cursado una facultad de derecho y hayan hecho un estudio sistemático aplicado, pueden ingresar en la magistratura. Esa orden de cosas produjo, a lo largo de los años, un drástico efecto democratizador del Poder Judicial. Por otra parte, el acceso a un puesto en el Congreso envuelve un costo financiero elevado, que obliga al candidato, con frecuencia, a buscar financiamientos y asociaciones con diferentes actores económicos y empresariales. Eso produce una inevitable alianza con algunos intereses particulares. Por esa razón, en algunas circunstancias, los jueces son capaces de representar mejor —o con más independencia— la voluntad de la sociedad. Se podría contraponer que este argumento no es válido para los integrantes del Supremo Tribunal Federal. En la práctica, sin embargo, la casi integralidad de los ministros que componen la Corte son egresados de carreras jurídicas cuyo ingreso se hace por disputados concursos públicos.²⁶

Otras razones diversas se añaden a ésta. En primer lugar, los jueces poseen la garantía de un cargo vitalicio. Como consecuencia, no están sujetos a las circunstancias de corto plazo de la política electoral, ni tampoco, al menos en principio, a tentaciones populistas. Una segunda razón es que los órganos judiciales sólo pueden actuar por iniciativa de las partes: las demandas judiciales

²⁶ En la composición de julio de 2014 Celso de Mello era integrante del Ministerio Público de São Paulo. Gilmar Mendes y Joaquim Barbosa vinieron del Ministerio Público Federal. Carmen Lúcia y Luís Roberto Barroso eran procuradores del Estado. Luiz Fux y Teori Zavascky provienen, respectivamente, de la magistratura estadual y federal. Rosa Weber, de la magistratura laboral. Los otros tres ministros, aunque no concursados para ingreso en las instituciones que integraban, vinieron de carreras vencedoras: Marco Aurélio Mello (Fiscalía del Trabajo y, después, ministro del TST), Ricardo Lewandowski (desembargador del Tribunal de Justicia de São Paulo, habiendo ingresado en la magistratura por el quinto constitucional) y Dias Toffoli (abogado-general de la Unión).

no se enjuician de oficio. Además, los jueces y tribunales no pueden juzgar más allá de lo que ha sido pedido, y tienen el deber de oír a todos los interesados. En el caso del Supremo Tribunal Federal, además de la actuación obligatoria del procurador-general de la República y del abogado-general de la Unión en diversas acciones, hay la posibilidad de convocación de audiencias públicas y de la actuación de *amici curiae*. Finalmente, pero no menos importante, las decisiones judiciales necesitan ser fundamentadas. Eso significa que para que sean válidas, jamás podrán ser un acto de pura voluntad discrecional: el orden jurídico impone al juez de cualquier grado el deber de presentar razones; es decir, los fundamentos y argumentos de su razonamiento y convencimiento.

Conviene profundizar un poco más en este último punto. En una visión tradicional y puramente mayoritaria de la democracia, ella se resumiría a una *legitimación electoral* del poder. Por ese criterio, el fascismo en Italia o el nazismo en Alemania podrían ser vistos como democráticos, al menos en el momento en que se instalaron en el poder y por el periodo en que tuvieron apoyo de la mayoría de la población. Incluso, por este último criterio, hasta el periodo Médici, en Brasil, pasaría en la prueba. No es una buena tesis. Además del momento de la investidura, el poder se legitima también por sus acciones y propósitos.²⁷ Toca acá retomar la idea de democracia deliberativa, que se funda precisamente en una *legitimación discursiva*: las decisiones políticas deben ser producidas tras un debate público libre, amplio y abierto, al fin del cual se indiquen las *razones* de las opciones hechas. Por eso afirmé anteriormente que la democracia contemporánea se hace de votos y argumentos. Un *insight* importante en ese dominio es traído por el jusfilósofo alemán Robert Alexy, que se refiere a la corte constitucional como *representante argumentativo de la sociedad*. Según él, la única manera de reconciliar la jurisdicción constitucional con la democracia es concebirla también como repre-

²⁷ Figueiredo Moreira Neto, Diogo de, *Teoria do poder*, parte I, 1992, pp. 228-231, en que habla sobre la legitimidad *originaria, corriente y finalística* del poder político.

sentación popular. Personas racionales son capaces de aceptar argumentos sólidos y correctos. El constitucionalismo democrático posee una legitimación discursiva, que es un proyecto de institucionalización de la razón y la corrección.²⁸

Toca hacer algunas observaciones adicionales. La primera de ellas, de carácter terminológico. Si se admite la tesis de que los órganos representativos pueden no reflejar la voluntad mayoritaria, la decisión judicial que invalide un acto del Congreso puede no ser contramayoritaria. Lo que ella será, invariablemente, es *contrarrepresentativa*,²⁹ entendiéndose el parlamento como órgano por excelencia de representación popular. De parte eso, toca hacer un contrapunto a la asertiva, hecha algunos párrafos arriba, de que los jueces eran menos susceptibles a tentaciones populistas. Eso no significa que estén inmunes a esa disfunción. En una época de juicios televisados, cobertura de la prensa y reflejos en la opinión pública, el impulso de agradar al público es un riesgo que no puede ser descartado. Pero pienso que cualquier observador imparcial será testigo de que ésta no es la regla. Conviene advertir todavía otro riesgo. Los jueces son aprobados en concursos difíciles y competitivos, que exigen larga preparación, constituyendo personal capacitado del servicio público. Tal hecho puede traer la pretensión de sobreponer una cierta racionalidad judicial a las circunstancias de los demás poderes, cuya lógica de actuación, muchas veces, es más compleja y menos cartesiana. Por evidente, la arrogancia judicial es tan mala como cualquier otra, y debe ser evitada.

El hecho de no estar sujetas a ciertas vicisitudes que asuelan a las dos ramas políticas de los poderes no es, naturalmente, garantía de que las supremas cortes se inclinarán en favor de las posiciones mayoritarias de la sociedad. La verdad, sin embargo,

²⁸ Alexy, Robert, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, pp. 578 y ss.

²⁹ Tal particularidad ha sido bien captada por Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramayoritaria*, 2014, pp. 213 y ss.

es que una observación atenta de la realidad revela que es eso mismo lo que sucede. En los Estados Unidos, décadas de estudios empíricos demuestran el punto.³⁰ También en Brasil ha sido así. En dos pronunciamientos relevantes, el Supremo Tribunal Federal confirmó la prohibición del nepotismo en los tres poderes,³¹ en clara alineación con las demandas de la sociedad en materia de moralidad administrativa. La tesis vencida era la de que sólo el legislador podría imponer ese tipo de restricción.³² También al apreciar la legitimidad de la creación del Consejo Nacional de Justicia —CNJ— como órgano de control del Poder Judicial y al afirmar la competencia concurrente del Consejo para instaurar procesos disciplinarios contra magistrados, el STF atendió al anhelo social por la reforma del Poder Judicial, a pesar de la resistencia de sectores de la magistratura misma.³³ En cuanto a la fidelidad partidaria, la posición del STF fue todavía más audaz, al determinar la pérdida del cargo al parlamentario que cambiase de partido.³⁴ Si bien ha sufrido crítica por exceso de activismo, no

³⁰ Barrett Lain, Corinna, “Upside-Down Judicial Review”, *The Georgetown Law Review*, vol. 101, 2012-2103, p. 158. Véase también Dahl, Robert A., “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 285, y Rosen, Jeffrey, *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*, 2006, p. XII: “Lejos de proteger a las minorías contra la tiranía de las mayorías o contrabalancear la voluntad del pueblo, los tribunales, a lo largo de la mayor parte de la historia americana, se han inclinado por reflejar la visión constitucional de las mayorías”. En la misma línea, como señalado, véase Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999, p. 153.

³¹ Así se dio en el juicio de la ADC núm. 13, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, y en la edición de la Súmula Vinculante núm. 13, que prohíbe el nombramiento de parientes hasta el tercer grado para cargos en comisión o funciones gratificadas.

³² En defensa del punto de vista de que el CNJ no tendría el poder de imponer tal prohibición, véase Streck, Lenio *et al.*, “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”, disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>.

³³ ADI núm. 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, y ADI núm. 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio.

³⁴ MS núm. 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia.

hay dudas de que la decisión atendió a un anhelo social que no obtuvo respuesta del Congreso. Otro ejemplo: en el juicio, todavía no concluido, en el que se discute la legitimidad o no de la participación de empresas privadas en el financiamiento electoral, el STF, claramente reflejando un sentimiento mayoritario, apunta hacia la disminución del peso del dinero en el proceso electoral.³⁵ La Corte acaba realizando, en porciones, de modo incompleto y sin posibilidad de sistematización, la reforma política por la cual la sociedad clama.

Pero más allá del papel puramente representativo, las supremas cortes desempeñan, ocasionalmente, el papel de vanguardia iluminista, encargada de empujar la historia cuando ella se ataca. Se trata de una competencia peligrosa, que debe ser ejercida con gran parsimonia, por el riesgo democrático que representa y para que las cortes constitucionales no se transformen en instancias hegemónicas. Pero de vez en cuando se trata de un papel imprescindible. En los Estados Unidos fue por impulso de la Suprema Corte que se declaró la ilegitimidad de la segregación racial en las escuelas públicas, en el juicio de *Brown v. Board of Education*.³⁶ En Sudáfrica, le tocó al Tribunal Constitucional abolir la pena de muerte.³⁷ En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal dio la última palabra sobre la validez de la criminalización de la negación del holocausto.³⁸ La Suprema Corte de Israel reafirmó la absoluta prohibición de la tortura, aun en la hipótesis de interrogatorio de sospechosos de terrorismo, en un ambiente social conflagrado, que se hizo indulgente con tal práctica.³⁹

³⁵ ADI núm. 4.650, Rel. Min. Luiz Fux.

³⁶ 347 U.S. 483 (1954).

³⁷ *S v. Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3, disponible en: <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.pdf>.

³⁸ 90 *BVerfGE* 241 (1994). Véase Brugger, Winfried, "Ban on Or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law", *Tulane European & Civil Law Forum*, núm. 17, 2002, p. 1.

³⁹ *Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel & The General Security Service*. HCJ 5100/94 (1999), disponible en: http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal equiparó las uniones homosexuales a las uniones estables convencionales, abriendo camino para el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁴⁰ Tal vez esa no fuera una posición mayoritaria en la sociedad, pero la protección de un derecho fundamental a la igualdad legitimaba la actuación. Asimismo, se pasó con el permiso para la interrupción del embarazo de fetos anencefálicos.⁴¹ Son ejemplos emblemáticos del papel iluminista de la jurisdicción constitucional. En esos dos casos específicos, un fenómeno llamó la atención. En razón de la naturaleza polémica de ambos temas, una cantidad expresiva de juristas se posicionó contrariamente a las decisiones — “no por ser contrarios al mérito, absolutamente no...” —, sino por entender que se trataba de materia de la competencia del legislador, y no del STF. Como había derechos fundamentales en juego, esa no parece ser la mejor posición. Ella contrapone el principio formal de la democracia —las mayorías políticas tienen legitimidad para decidir— a los principios materiales de la igualdad y la dignidad de la persona humana, favoreciendo el primero en ambos casos.⁴² Se antepone el procedimiento sobre el resultado, lo que no parece un buen criterio.⁴³

A veces ocurre en la sociedad una reacción a ciertos avances propuestos por la Suprema Corte. En los Estados Unidos, ese fenómeno recibe el nombre de *backlash*. Un caso paradigmático de reacción del Legislativo se dio contra el juicio de *Furman v. Georgia*,⁴⁴

⁴⁰ ADPF núm. 132 y ADI núm. 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

⁴¹ ADPF núm. 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁴² Sobre principios formales y materiales, y criterios para la ponderación entre ambos, véase Alexy, Robert, “Principios formales” en Travessoni, Alexandre *et al.* (orgs.), *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva*, 2014. En la p. 20, escribió Alexy: “Admitir una competencia del legislador democráticamente legitimado de interferir en un derecho fundamental simplemente porque él es democráticamente legitimado destruiría la prioridad de la constitución sobre la legislación parlamentaria ordinaria”.

⁴³ Como se verifica del tópico I del texto, Mark Tushnet tiene una posición diferente en relación con ese punto.

⁴⁴ 408 U.S. 238 (1972).

en 1972, en el cual la Suprema Corte consideró inconstitucional la pena de muerte aplicada en 39 estados de la Federación.⁴⁵ El fundamento principal era la falta de criterio en las decisiones de los jurados y el impacto desproporcional sobre las minorías. En 1976, sin embargo, la mayoría de los estados habían aprobado nuevas leyes sobre pena de muerte, soslayando el fallo de la Suprema Corte. En *Gregg v. Georgia*,⁴⁶ la Suprema Corte mantuvo la validez de la nueva versión de la legislación penal de aquel estado. También en *Roe v. Wade*,⁴⁷ la célebre decisión que descriminalizó el aborto, las reacciones fueron inmensas, hasta hoy dividiendo opiniones de manera radical.⁴⁸ En Brasil hubo pocos casos de reacción normativa a decisiones del Supremo Tribunal Federal; por ejemplo, con relación al fuero especial para ciertas autoridades,⁴⁹ a las tasas municipales de iluminación pública,⁵⁰ a la progresividad de las alícuotas del impuesto sobre propiedad urbana,⁵¹ al cobro

⁴⁵ Para un de la cuestión, véase Barrett Lain, Corinna, *Upside-down judicial review*, pp. 12 y ss., disponible en el sitio Social Science Research Network-SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1984060> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060> (fecha de consulta: 12 de enero de 2012).

⁴⁶ 428 U.S. 153 (1976).

⁴⁷ 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁸ Sobre el tema, véase Post, Robert y Siegel, Reva, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, núm. 131, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=990968>.

⁴⁹ La Ley núm. 10.628/02 fue una respuesta legislativa a la decisión del STF en el Inq 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches. Sin embargo, en un caso singular de reacción jurisdiccional a la reacción legislativa, el STF declaró la inconstitucionalidad de la ley, afirmando que no tocaría al Congreso. Mediante ley ordinaria, revisar la interpretación del texto constitucional dada por el Tribunal. Véase STF, ADI 2.797, DJ 19.12.2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁵⁰ La enmienda constitucional núm. 39/02 superó el entendimiento que había sido establecido por el STF en el juicio del RE 233.332/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão.

⁵¹ La enmienda constitucional núm. 29/2000 superó el entendimiento de la Corte y admitió expresamente la progresividad.

de contribución previsional de inactivos⁵² y a la definición del número de concejales en las cámaras municipales.⁵³

En favor de la tesis que se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo, acerca del importante papel democrático de la jurisdicción constitucional, es posible presentar una colección significativa de decisiones del Supremo Tribunal Federal que han contribuido para el avance social en Brasil. Todas ellas tienen naturaleza constitucional, pero producen impacto en una rama específica del derecho, como se enuncia abajo:

Derecho civil: prohibición de prisión por deuda en el caso de depositario infiel, reconociendo la eficacia y prevalencia del Pacto de San José de Costa Rica en relación con el derecho interno.

Derecho penal: declaración de la inconstitucionalidad de la prohibición de progresión para el régimen más favorable de cumplimiento de pena, en el caso de crímenes hediondos y equiparables.

Derecho administrativo: prohibición del nepotismo en los tres poderes.

Derecho a la salud: determinación de provisión gratuita de medicamentos necesarios al tratamiento del sida en pacientes sin recursos financieros.

Derecho a la educación: derecho a la educación infantil, allí incluidos el atendimiento en guarderías y el acceso a la preescola, reconociendo el deber del poder público de dar efectividad a ese derecho.

Derechos políticos: prohibición del libre cambio de partido después de la elección, bajo la pena de pérdida del cargo, por violación al principio democrático.

Derechos de los trabajadores públicos: regulación, por vía de *mandado de injunção*, del derecho de huelga de servidores y trabajadores del servicio público.

⁵² La enmienda constitucional núm. 41/03 superó el entendimiento que había sido firmado en el juicio de la ADI 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

⁵³ La enmienda constitucional núm. 58/09 superó en parte el entendimiento que había sido firmado en el juicio del RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Derecho de las personas con discapacidad física: derecho de pase libre en el sistema de transporte colectivo interestatal a personas con discapacidad, comprobadamente pobres.

Protección de las minorías:

- *Judíos:* la libertad de expresión no incluye manifestaciones de racismo, incluido el antisemitismo.
- *Negros:* validación de acciones afirmativas en favor de negros, trigueños e indios.
- *Homosexuales:* equiparación de las relaciones homosexuales a las uniones estables convencionales y derecho al matrimonio civil.
- *Comunidades indígenas:* demarcación de la reserva indígena Raposa Serra do Sol en área continua.

Libertad de investigación científica: declaración de la constitucionalidad de las investigaciones con células madre embrionarias.

Derecho de las mujeres: derecho a la anticipación terapéutica del parto en el caso de feto anencefálico; constitucionalidad de la Ley Maria da Penha, que reprime la violencia doméstica contra la mujer.

Tres últimos comentarios antes de finalizar.

Primero: la jurisdicción constitucional, como se trató de demostrar arriba, ha servido bien al país. La preocupación por abusos de parte de jueces y tribunales no es infundada, y hay que estar preparados para evitar que ocurran.⁵⁴ Sin embargo, en el mundo real, son muy limitadas las decisiones del Supremo Tribunal Federal a las cuales se pueda imputar la culpa de haber excedido la frontera aceptable. Y en los pocos casos en que eso ocurrió, el mismo Tribunal trató de remediar.⁵⁵ Por lo tanto, no

⁵⁴ Para una reflexión sobre el tema, teniendo como marco teórico la teoría de los sistemas, de Niklas Luhmann, véase Fernandes Campilongo, Celso, *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, 2001, p. 63.

⁵⁵ En el juicio que involucraba la demarcación de la Tierra Indígena Raposa Serra do Sol, en embargos de declaración, se restringió el alcance de las

se debe despreciar, por un temor imaginario, las potencialidades democráticas y civilizatorias de una corte constitucional. La crítica a la actuación del STF, deseable y legítima en una sociedad plural y abierta, proviene más de actores insatisfechos con algunos resultados y de un nicho académico minoritario, que opera bajo premisas teóricas diversas de las que van aquí enunciadas. A ese propósito, toca formular una pregunta crucial:⁵⁶ ¿el argumento de que la jurisdicción constitucional ha actuado en estándares antidemocráticos no debería venir acompañado de una insatisfacción popular con el papel desempeñado por el Supremo Tribunal Federal? Qué decir, entonces, si ocurre exactamente lo contrario: en Brasil y en el mundo, los índices de aprobación que ostenta la Corte Constitucional suelen estar muy arriba de los del Legislativo.⁵⁷ Por cierto que no se deben extraer de ese hecho conclusiones precipitadas ni excesivamente abarcadoras. Sin embargo, una crítica formulada con base en una visión formal de la democracia, pero sin pueblo, no debe impresionar.

El segundo comentario es intuitivo. Como ya se tuvo la oportunidad de afirmar muchas veces, la decisión política, como regla general, debe ser tomada por quienes fueron votados. Por lo tanto, el Poder Legislativo y el jefe del Poder Ejecutivo tienen una preferencia general *prima facie* para tratar de todas las materias de interés del Estado y de la sociedad. Y, cuando hayan actuado, los órganos judiciales deben ser deferentes para con las elecciones legislativas o administrativas hechas por los agentes públicos legitimados por el voto popular. La jurisdicción constitucional sólo se debe imponer, en estos casos, si la contrariedad a la Constitución

llamadas “condicionantes” allí establecidas, para explicitar que no vinculaban, prospectivamente, nuevas demarcaciones. V. Pet. 3388–ED, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

⁵⁶ Véase Mendonça, Eduardo, *A Democracia das massas e a democracia das pessoas: Uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, 2014, p. 19 y 20.

⁵⁷ Según encuesta del IBOPE, llevada a cabo en 2012, el índice de confianza de los brasileños en el STF es de 54 puntos (en una escala de 0 a 100). El del Congreso es 39 puntos. Véase <http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>.

es evidente, si hay afronta a derecho fundamental o se comprometen los presupuestos del Estado democrático. Sin embargo, como el elector habrá intuido hasta acá, la jurisdicción constitucional desempeña un papel mayor cuando el Poder Legislativo no haya actuado. Es en las lagunas normativas o en las omisiones inconstitucionales en donde el STF asume un papel de eventual protagonismo. Como consecuencia, en el fondo, es el Congreso mismo el que detiene la decisión final, inclusive sobre el nivel de judicialización de la vida.

Amerita registro incidental, antes de finalizar el presente trabajo, un fenómeno conocido en la doctrina como *diálogo constitucional* o *diálogo institucional*.⁵⁸ Si bien la Corte Constitucional o Corte Suprema sea el intérprete final de la Constitución en cada caso, tres situaciones dignas de nota pueden subvertir o atenuar esa circunstancia, a saber: *a*) la interpretación de la Corte puede ser superada por un acto del Parlamento o del Congreso, normalmente mediante enmienda constitucional; *b*) la Corte puede devolver la materia al Poder Legislativo, estableciendo un plazo para deliberación, o *c*) la Corte puede convocar al Legislativo a actuar, el llamado “apelo al legislador”. En la experiencia brasileña, hay diversos precedentes relativos a la primera hipótesis, como en el caso del techo remuneratorio de los servidores públicos⁵⁹ y de la base de cálculo para incidencia de contribución previsional,⁶⁰ además de los ya referidos anteriormente, en este mismo tópico.

⁵⁸ La expresión tiene origen en la doctrina canadiense. Véase Hogg, Peter y Bushell, Allison A., “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Chart Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, 1997, p. 75.

⁵⁹ ADI 14, Rel. Min. Celio Borja, j. 13.09.89. Al inicio de la vigencia de la Constitución de 1988, el STF entendió que el techo remuneratorio del artículo 37, XI no se aplicaba a las “ventajas personales”, frustrando, en la práctica, la contención de los abusos en esa materia. Se necesitaron dos enmiendas constitucionales para superar ese entendimiento: la de núm. 19, de 1998, y la de núm. 41, de 2003.

⁶⁰ RE 166.772, Rel. Min. Marco Aurélio, *Df* 16 dic. 1994.

Con relación a la segunda hipótesis, referente al establecimiento de un plazo para que el Congreso legisle, hay precedentes en relación con la creación de municipios⁶¹ o a la reformulación de los criterios adoptados en el Fondo de Participaciones de los Estados,⁶² aunque no siempre se dé el adecuado cumplimiento dentro del periodo señalado por la decisión. Finalmente, en relación con la tercera hipótesis, por muchos años fue ése el sentido dado por la jurisprudencia del STF al *mandado de injunção*.⁶³ Un caso muy significativo de diálogo institucional informal se dio en relación con el artículo 7o., I de la Constitución, que prevé la edición de una ley complementaria disciplinando la indemnización compensatoria contra la dimisión arbitraria o sin justa causa de un trabajador. En el juicio de *mandado de injunção*, la plenaria del STF deliberó que iría a establecer, él mismo, el criterio indemnizatorio, teniendo en cuenta la omisión de más de dos décadas del Congreso en hacerlo.⁶⁴ Ante tal perspectiva, el Congreso aprobó en tiempo récord la Ley 12.506/2011, proveyendo al respecto.

Más recientemente, dos casos de diálogo institucional tuvieron lugar. Al decidir la acción penal contra un senador de la República, el STF, por mayoría apretada de votos, interpretó el artículo 55, VI y su § 2o. en el sentido de competir a la casa legislativa decretar la pérdida de cargo del parlamentario que sufriera una condenación criminal ejecutoriada.⁶⁵ Los ministros que

⁶¹ ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau.

⁶² ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes. En este caso, el STF estableció el plazo de dieciocho meses para que el Congreso Nacional subsanara la omisión relativa a la edición de la ley complementaria exigida por el artículo 18, § 4o. de la CF, tenida como indispensable para la creación de Municipios por ley estadual. Véase también ADI.

⁶³ El *mandado de injunção* es una acción creada por la Constitución brasileña destinada a remediar omisiones legislativas inconstitucionales. Por un largo periodo, el STF entendió que la única decisión posible en *mandado de injunção* era comunicar al Congreso Nacional su estado de demora y omisión. Posteriormente, el Tribunal pasó a crear, él mismo, la norma faltante, normalmente por analogía con alguna ley existente.

⁶⁴ MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁶⁵ AP 565, Rel. Min. Carmen Lúcia (caso Ivo Cassol).

afirmaron la posición vencedora registraron su crítica severa a la fórmula impuesta por la Constitución, instando el Congreso a visitar el tema.⁶⁶ Poco tiempo después del juicio, el Senado Federal aprobó una propuesta de enmienda constitucional superadora de ese tratamiento deficiente de la materia. A fines de 2014, la propuesta todavía se encontraba en tramitación en la Cámara de Diputados. En otro caso, un diputado federal fue condenado a más de trece años de prisión, en régimen inicial de privación de la libertad.⁶⁷ Sometida la cuestión de la pérdida de su cargo a la Cámara de Diputados, la mayoría deliberó no casarlo. En *mandado de segurança* impetrado contra esa decisión, el relator concedió limitar, bajo el fundamento de que en caso de prisión en régimen encerrado la pérdida del cargo debería darse por declaración de la Mesa y no por deliberación política de la Plenaria.⁶⁸ Antes del juicio de mérito de *mandado de segurança*, la Cámara de Diputados suprimió la previsión de voto secreto en la materia y deliberó por la casación.

Lo que se deduce de ese registro final es que el modelo vigente no puede ser caracterizado como de supremacía judicial. El Supremo Tribunal Federal tiene la prerrogativa de ser el intérprete final del derecho, en los casos que son a él sometidos, pero no es el dueño de la Constitución. Justamente, al contrario, el sentido y el alcance de las normas constitucionales son establecidos en interacción con la sociedad, con los demás poderes y con las instituciones en general. La pérdida de interlocución con la sociedad, la eventual incapacidad de justificar sus decisiones o de ser comprendido, perjudicaría el acatamiento y la legitimidad del Tribunal. Por otra parte, cualquier pretensión de hegemonía sobre los demás poderes sujetaría el Supremo a un cambio en su diseño institucional o a la superación de sus precedentes por modificación en el derecho, competencias que pertenecen al Congreso Nacional. Así que el poder del Supremo Tribunal

⁶⁶ V. mi voto en el MS 32.326, Rel. Luís Roberto Barroso.

⁶⁷ AP 396, Rel. Min. Carmen Lúcia (caso Natan Donadon).

⁶⁸ MS 32326, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

Federal tiene límites claros. En la vida institucional, como en la vida en general, nadie es demasiado bueno, y, sobre todo, nadie es bueno solo.

VII. CONCLUSIÓN

En las décadas que se siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial, se verificó una vertiginosa ascensión institucional del Poder Judicial y de la jurisdicción constitucional. No sería una exageración afirmar que prevaleció, en diferentes partes del mundo, el modelo americano de constitucionalismo, con sus características de centralidad de la Constitución, control judicial de constitucionalidad y judicialización de las controversias relativas a derechos fundamentales. En el presente texto traté de demostrar que las cortes supremas —como el Supremo Tribunal Federal brasileño, por ejemplo— pasaron a desempeñar, simultáneamente, al papel contramayoritario tradicional, una función representativa, por la cual atienden a demandas sociales que no han sido satisfechas por el proceso político mayoritario. Por evidente, en el desempeño de tal atribución, el juez constitucional no está autorizado a imponer sus propias convicciones. Basado en material jurídico relevante (normas, doctrinas, precedentes), en principios constitucionales y en valores civilizatorios, le toca interpretar el sentimiento social, el espíritu de su tiempo y el sentido de la historia. Con la dosis correcta de prudencia y de osadía.

Como se nota claramente, soy un defensor de la jurisdicción constitucional. A mi crédito, tengo esa posición desde muy antes de convertirme en juez constitucional. Creo que ella desempeña un papel relevante aún en democracias maduras, como en Estados Unidos, Alemania o Canadá. Pero la considero todavía más importante en países de redemocratización reciente o de democratización tardía. En esos Estados, como suele suceder, el proceso político mayoritario no logra satisfacer plenamente las demandas sociales, en razón de distorsiones históricas en la distribución de poder y riqueza. Por cierto, no se debe vivir la ilusión de que

el Poder Judicial sea inmune a esas distorsiones. Sin embargo, circunstancias asociadas al modo de investidura de sus miembros, a sus garantías institucionales y al tipo de relación que mantienen con la sociedad (que no es ligada al voto o a objetivos de corto plazo) potencializa su aptitud para el uso de la razón y la protección de los derechos fundamentales. Por evidente, la condición imprescindible es que logre escaparse de la política ordinaria —como ha sido, afortunadamente, el caso de Brasil—.

Es innecesario enfatizar que ésta es una visión distinta a la que Mark Tushnet sostuvo en algunos de sus escritos.⁶⁹ Pero con relación a un sinnúmero de otras materias, conexas o no con la jurisdicción constitucional, tenemos posiciones totalmente alineadas. No es difícil ilustrar esa afirmación con algunos ejemplos. Tal como él, considero que, en una democracia, la política es un artículo de primera necesidad. Los tribunales no deben callar la voz de las calles ni desconsiderar el papel del Congreso como una instancia privilegiada del debate público. Pienso igualmente que las decisiones políticas, en línea de principio, deben ser tomadas por quienes tienen voto. Además, aun cuando se admita que la Corte Suprema tiene la última palabra sobre el sentido de la Constitución, ella debe ser capaz de tomar en cuenta las aspiraciones de las fuerzas sociales y de las demás instituciones políticas. No se trata de una corte de sí misma. Por fin, en muchas situaciones, será más constructivo y democrático que la jurisdicción constitucional adopte una postura de moderación, optando por el diálogo institucional en lugar de la imposición de su visión. Estoy convencido de que Tushnet endorzaría todas esas ideas.

En cualquier caso, en la concordancia o en la divergencia, lo que queda fuera de duda es que Mark Tushnet es un pensador denso, vigoroso y creativo, que ha influenciado de modo significativo la teoría constitucional contemporánea y varias generaciones de estudiosos.

⁶⁹ Si bien, en *Weak Courts, Strong Rights*, él atenuó su posición anterior de que las cuestiones constitucionales deberían ser completamente sacadas de los tribunales.