

CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y CRÍTICA A LA SUPREMACÍA JUDICIAL: POSIBLES LECCIONES PARA BRASIL

Miguel G. GODOY*

SUMARIO: I. *Introducción: no puede existir Constitución sin pueblo.* II. *El constitucionalismo popular y su crítica como punto de partida.* III. *Consideraciones finales: definir el sentido de la Constitución de forma popular y dialógica.* IV. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN: NO PUEDE EXISTIR CONSTITUCIÓN SIN PUEBLO

El presente artículo tiene como objetivo hacer una crítica a las ideas de supremacía judicial y última palabra, tomando como punto de partida las ideas del constitucionalismo popular y la reivindicación del pueblo como un actor necesario en la interpretación de la Constitución. En este sentido, se destaca la obra e

* Asesor del ministro del Supremo Tribunal Federal (STF). Doctor y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Federal del Paraná (UFPR), Brasil. Realizó investigaciones y estudios en la Harvard Law School bajo la orientación del profesor Mark Tushnet (2013) y fue investigador visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) bajo la orientación del profesor Roberto Gargarella (2010). Investigador becario del CNPq-Brasil. Miembro e investigador del Núcleo de Investigación “Constitucionalismo y democracia: filosofía y dogmática constitucional contemporáneas”, de la Universidad Federal del Paraná (UFPR), Brasil. E-mail: miguelggodoy@hotmail.com.

importancia del profesor Mark Tushnet, uno de los principales y más destacados exponentes del constitucionalismo popular.

Si la Constitución, más que organizar el poder del Estado, constituye el compromiso fundamental de una comunidad de personas que se reconocen recíprocamente como libres e iguales,¹ entonces el significado y el contenido de las normas constitucionales también sólo adquieren sentido cuando el pueblo participa en la tarea de interpretación y concretización de la Constitución. Es decir, el sentido de la Constitución debe ser construido y definido colectivamente entre el pueblo y las instituciones sociales. En este sentido, se subraya el papel fundamental de jueces y cortes en la interpretación constitucional y en la aplicación de la misma. Sin embargo, la realización de la Constitución no puede solamente vivir de la interpretación del Poder Judicial en general, y de la Suprema Corte en particular. Al revés, la Constitución sólo puede ser plenamente realizada por la política democrática. En una sociedad que se pretenda democrática e igualitaria, la tarea de interpretar la Constitución, definir el contenido y alcance de sus previsiones, debe ser realizada de forma conjunta y compartida por los poderes, las instituciones y el pueblo.

En Brasil, especialmente a partir de la Constitución de 1988, la recepción y el desarrollo de teorías hermenéuticas y de aplicación de la Constitución tuvieron como consecuencia una creencia exacerbada en la transformación del Estado y de la sociedad a través del derecho y de sus aplicadores. El péndulo corrió excesivamente para un lado —el lado del derecho—. De ahí la necesidad de retomar la interpretación y aplicación de la Constitución no sólo a través del Poder Judicial y de las teorías de interpretación y aplicación, sino también a través de la política democrática.

Si es cierto que la Constitución es norma y debe ser cumplida, por otro lado ella sólo se realiza plenamente por medio de la

¹ Neto, Menelick de Carvalho y Scotti, Guilherme, *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, pp. 19 y 20.

política democrática. Una política democrática que, en Brasil, ha dejado de lado su elemento más fundamental: el pueblo. De ahí la importancia del constitucionalismo popular, comprendido como un movimiento teórico crítico de la idea de la supremacía judicial y de la última palabra, y defensor de un rol central para el pueblo en la interpretación de la Constitución

II. EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y SU CRÍTICA COMO PUNTO DE PARTIDA

Se puede decir que el constitucionalismo popular consiste en un movimiento teórico crítico, surgido en los Estados Unidos como reacción a las posturas conservadoras de la Corte Rehnquist, la cual puso fin a una actuación más activa y progresista de la Corte Warren a favor de los derechos civiles. Esa postura conservadora de la Corte Rehnquist se mantiene, de cierta manera, hasta hoy, fiel a una actuación extremadamente contenida y basada en su autoridad última para interpretar la Constitución.

El constitucionalismo popular es un movimiento crítico que congrega diversos autores, como Mark Tushnet,² Richard Parker,³ Larry Kramer,⁴ Akhil Amar,⁵ entre otros, y que busca desafiar la idea de supremacía judicial en la interpretación de la Constitución;⁶ criticar posturas de defensa de la revisión judicial de las leyes que se basan en una sensibilidad antipopular,⁷ y que valora la interpretación extrajudicial que ciudadanos, grupos,

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

³ Parker, Richard, *Here, The People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

⁴ Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

⁵ Amar, Akhil y Hirsch, Alan, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, Nueva York, Simon & Schuster, 1998.

⁶ Tushnet, *op. cit.*

⁷ Parker, *op. cit.*

movimientos sociales e instituciones hacen de la Constitución.⁸ O sea, el constitucionalismo popular reúne una serie de autores y diferentes perspectivas que poseen como denominador común *a)* una crítica contundente al monopolio interpretativo de la Constitución por parte del Poder Judicial y *b)* el rescate del pueblo como un actor fundamental en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución.

Sin embargo, la adopción de teorías nacidas en realidades distantes de la brasileña (o latinoamericana en general), como es el caso del constitucionalismo popular, exige cautela y atención. Si por un lado es importante traer a la luz una de las principales discusiones de la teoría constitucional contemporánea, por otro es necesario tener cuidado en traducir este debate para los problemas locales, de tal forma que esa apropiación posibilite descubrir los problemas jurídicos, políticos y sociales de nuestra realidad.

Por esto es necesario destacar la opción de tomar al constitucionalismo popular como un punto de partida; es decir, como un instrumental teórico crítico para que repensemos nuestras teorías y prácticas judiciales y políticas. En este sentido, busco, sobre todo, valerme más de las reflexiones y críticas teóricas del constitucionalismo popular que de sus propuestas normativas. Si por un lado no me parece adecuado importar las alternativas normativas e institucionales propuestas por el constitucionalismo popular, como por ejemplo la extinción del control judicial de constitucionalidad de las leyes,⁹ el *impeachment* de jueces¹⁰ o la primacía del Parlamento sobre los demás poderes,¹¹ por otro lado sus reflexiones y críticas teóricas propician un repensar y un nuevo diseño sobre nuestras prácticas e instituciones judiciales y políticas.

⁸ Kramer, *op. cit.*

⁹ Tushnet, *op. cit.*

¹⁰ Kramer, *op. cit.*

¹¹ Waldron, Jeremy, *A Dignidade da Legislação*, trad. de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

Aun así, alguien quizá pudiera invocar como crítica al constitucionalismo popular el hecho de que tal movimiento ha surgido en el seno de la academia estadounidense, y no en el seno del pueblo, o que sus reflexiones se dirigen exclusivamente a los Estados Unidos. Otros podrían decir que las extremas desigualdades que afecta a naciones como Brasil u otros países de Latinoamérica impiden una participación adecuada del pueblo en la interpretación de la Constitución, como es reivindicada por los constitucionalistas populares. Algunos más podrían aún decir que las críticas del constitucionalismo popular no se aplican a la realidad brasileña, puesto que muchas de las transformaciones sociales en Brasil se dieron en razón de decisiones de las cortes, y no por medio de los representantes directos del pueblo, y que así sus propuestas normativas de mitigación de la revisión judicial de las leyes son muy poco interesantes.

Tales críticas, sin embargo, conforme apunta Roberto Gargarella, están mal orientadas.¹² La crítica fundamental del constitucionalismo popular reside en el desacoplamiento entre el derecho y el pueblo. O sea, el constitucionalismo popular al criticar de forma severa la idea de supremacía judicial y última palabra y reivindicar un papel protagonista del pueblo, nos obliga a repensar sobre el profundo distanciamiento que hoy existe entre el derecho que tenemos y las personas sobre las cuales ese derecho se aplica.¹³ Cuando hablamos sobre derechos fundamentales, como el derecho a la salud, a la vivienda digna, a la educación, entre otros, buena parte de los ciudadanos escuchan lo que decimos, pero no encuentran ni reconocen su propia voz en ésta que les habla de derechos que para ellos son distantes o muy mal concretizados.

En países que padecen de desigualdades extremas y opresiones evidentes (como es el caso de Brasil) se notan también for-

¹² Gargarella, Roberto, “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”, en Alterio, Ana Micaela y Ortega, Roberto Niembro (orgs.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.

¹³ *Idem*.

mas extraordinarias de confrontación y de resistencia popular. El derecho que se muestra siempre tan lejos, de difícil acceso y concretización, se transforma en objeto de cuestionamiento, desafío, hasta mismo de desobediencia, transformación, por parte del pueblo. O sea, no son raras las situaciones en que el pueblo denuncia, cuestiona, desafía y hasta transforma un derecho que le pertenece, pero que no posee.

Por todo esto, el constitucionalismo popular tiende mucho a contribuir con las teorías y prácticas políticas y judiciales de nuestro tiempo, mediante la deconstrucción del discurso histórico y tradicional bajo el cual se erigió la revisión judicial de las leyes, dando luces sobre la equivocada asociación entre supremacía de la Constitución y supremacía judicial interpretativa, pero sobre todo, por invocar un papel activo del pueblo en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución —lo que consecuentemente acaba por desvelar los problemas de nuestra estructura institucional y de nuestra política democrática—.

1. *Desmitificando el fallo Marbury v. Madison* *y qué nos enseña esto*

El pueblo, por medio del poder constituyente, establece la Constitución, la cual es jerárquicamente superior a todas las demás normas creadas por los poderes constituidos. Por eso, las leyes y los actos normativos que contraríen la Constitución son desprovistos de validez y, por lo tanto, no generan derechos y obligaciones. La tarea de garantizar la supremacía de la Constitución es deber de todos los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), así como de todos los ciudadanos. El control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos es, así, una tarea compartida por todos los poderes, instituciones y pueblo.

El control de constitucionalidad realizado por el Poder Ejecutivo y por el Poder Legislativo es llamado “control político de constitucionalidad”. El control de constitucionalidad realizado

por el Poder Judicial es llamado de “control judicial de constitucionalidad” o “revisión judicial de las leyes”. Es por medio de la actividad político-democrática ordinaria como el pueblo y sus representantes dan densidad y concreción a las provisiones constitucionales, mediante la creación de leyes y políticas públicas. El pueblo no votaría en representantes que faltaran al respeto o no obedecieran justamente aquello que ellos quieren ver realizado —la Constitución y sus derechos allí previstos—. Y para garantizar que eso no ocurra, existen medios y formas para el control de constitucionalidad.

La legitimidad de los poderes Legislativo y Ejecutivo en la concretización de la Constitución reside entonces justamente en el hecho de que sus miembros son representantes electos directamente por el pueblo. Y como tal están democráticamente legitimados a definir el contenido y la aplicación de las normas constitucionales por medio de leyes y políticas públicas. Pero si la legitimidad de los poderes Legislativo y Ejecutivo se fundamenta en su representación democrático-popular, ¿en qué se fundamenta la legitimidad del Poder Judicial para revisar e invalidar judicialmente las leyes y actos de los otros poderes una vez que los jueces no son electos por el pueblo? ¿Cómo aceptar que la última palabra sobre la constitucionalidad de una ley o una política pública quede en las manos de los jueces o aun en las manos de los pocos jueces del Supremo Tribunal Federal? Si el pueblo no tiene control sobre el Poder Judicial, concederle la posibilidad de revisar la constitucionalidad de las leyes, políticas públicas y actos normativos de los otros poderes, ¿no se estaría abriendo la posibilidad de que la voluntad del pueblo sea reemplazada por la voluntad de algunos jueces, en general poco conocidos, y a quienes no se puede controlar?¹⁴

La asociación entre supremacía de la Constitución y revisión judicial de las leyes se hizo de forma precursora en los Estados Unidos, en el comienzo del siglo XIX, y fue Alexander Hamil-

¹⁴ Gargarella, Roberto, *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004, p. 68.

ton quien intentó responder a las cuestiones antes mencionadas en un trabajo conocido como *El Federalista* núm. 78.¹⁵ Hamilton argumentó que el hecho de que el Poder Judicial tenga la capacidad de negar validez a una ley del Poder Legislativo no significa de ninguna manera que los jueces sean superiores a los legisladores. Para Hamilton, no hay necesidad de hablar de supremacía judicial, sino de supremacía de la Constitución, ésta comprendida como la voluntad constituyente del pueblo. De acuerdo con Hamilton, la revisión judicial de las leyes tampoco significa que el Poder Judicial no considere o ponga abajo la voluntad del pueblo. Al revés, el poder del Poder Judicial al invalidar una ley sirve justamente para garantizar y reafirmar la voluntad soberana del pueblo —representada en última análisis por la Constitución—. Por lo tanto, al invalidar una ley, el Poder Judicial protege y ratifica la Constitución, el documento que más fielmente refleja la voluntad popular.

Esa argumentación de Alexander Hamilton fue luego retomada y reforzada por el entonces presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, John Marshall, en el famoso fallo *Marbury v. Madison*¹⁶ resuelto en 1803. Es importante destacar que ese debate se inició porque la Constitución estadounidense no previó en su texto el control judicial de las leyes. De ahí la intensa discusión sobre la legitimidad del Poder Judicial para negar validez a las leyes y actos de los otros poderes. Marshall desarrolla un raciocinio tan lógico cuanto bien fundamentado. Para él, la invalidez de una ley inconstitucional es una consecuencia lógica de la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes. Así, siendo la Constitución la norma superior del ordenamiento jurídico, compete a todo juez o tribunal realizar la interpretación de la Constitución y de las demás leyes y, consecuentemente, negar aplicación a cualquier ley que afronte la Constitución. Más allá de eso, el Poder Judicial tiene una mejor capacidad para la inter-

¹⁵ Hamilton, Alexander, *The Federalist*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 508-517.

¹⁶ 5 U.S. 137 (1803).

pretación de la Constitución, dado su relativo y beneficioso alejamiento de la política ordinaria y de las presiones mayoritarias de turno, compitiéndole así también la protección de las minorías.

Fue con base en estos argumentos que, supuestamente, el fallo *Marbury v. Madison* asentó en los Estados Unidos el control judicial de las leyes, confiando a los jueces y cortes el poder de invalidar leyes y actos de los otros poderes. A partir de ahí también, supuestamente, se concluyó que la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene la última palabra sobre la interpretación constitucional. Sin embargo, tal conclusión no puede ser lógica y consecuencia automática del poder de revisión judicial de las leyes por parte del Poder Judicial.

Para mostrar la falacia de la conclusión de supremacía judicial del Poder Judicial en la interpretación de la Constitución, Larry Kramer procede a una reconstrucción histórico-crítica de las orígenes del control judicial de constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos, bien como el proceso de gradual exclusión del pueblo en el proceso de interpretación y definición de los significados y contenidos de la Constitución.¹⁷

Kramer inicia su reconstrucción histórica apuntando tres importantes acontecimientos y fallos anteriores a la decisión de *Marbury v. Madison* que demuestran la necesidad y la relevancia de la participación popular en la interpretación final de la Constitución cuando se está frente a un caso en que el Poder Legislativo comprende las normas constitucionales de una manera y el Poder Judicial de otra. Esos acontecimientos y fallos demuestran cómo en la época de la fundación de los Estados Unidos, los estadounidenses no sólo concebían, sino apoyaban al gobierno popular. Lo que se nota, por tanto, es cómo el pueblo, sin ser concebido como una abstracción vacía o mito filosófico, participó en la implementación de la Constitución, conservando para sí el derecho de interpretar y definir el significado de las normas constitucionales.

¹⁷ Kramer, *op. cit.*

Los padres fundadores tenían miedo de los peligros de un gobierno popular. Por otro lado, al mismo tiempo eran cautivados por sus posibilidades y sentían un profundo respeto por su importancia, puesto que la Constitución estadounidense había sido, de cierta manera, producto de la movilización popular. Y era este mismo pueblo que en todo momento estaba actuando directamente y presionando a sus representantes para que la Constitución fuera interpretada y aplicada de forma adecuada. Simplemente entregar esta tarea en las manos exclusivas del Poder Judicial era algo impensable en aquel entonces. Más allá de esto, la revisión judicial de las leyes surgió años antes del fallo *Marbury v. Madison*, lo cual sólo sistematizó y repitió argumentos contruïdos e invocados en otros fallos previos.

La comprensión moderna de que la interpretación de la Constitución compete solamente a los jueces y cortes no refleja la concepción original del constitucionalismo estadounidense (un constitucionalismo del cual Brasil es heredero). Vale decir, a pesar de la amplia aceptación política y popular que actualmente se tiene sobre la última palabra de la Suprema Corte en la interpretación constitucional, esta comprensión no es lógica, no es creación o fruto del fallo *Marbury v. Madison*, y tampoco encuentra amparo histórico, tradicional o consuetudinario. La historia estadounidense y su práctica jurídico-constitucional demuestran justamente que la definición de los contenidos de la Constitución siempre fueron una tarea compartida entre los poderes, y principalmente entre ellos y el pueblo.

Si actualmente se acepta que la Suprema Corte sea la última intérprete de la Constitución, eso no significa que tal postura sea pacífica, encuentre su fundamentación en la historia o en la práctica judicial o que siquiera sea una comprensión correcta. Al revés, por más de dos siglos, cada esfuerzo de afirmación a favor de la supremacía judicial era seguido de una reafirmación del constitucionalismo popular. En un pasado no tan lejano, los ciudadanos estadounidenses siempre llegaron a la misma conclusión: la de que es su derecho y responsabilidad decir finalmente lo que significa la Constitución.

Por eso, más que realizar una revisión histórica de los orígenes del control judicial de constitucionalidad de las leyes, es necesario rescatar y restablecer el papel activo e imperioso del pueblo en la tarea de interpretación de la Constitución —algo que fue olvidado en la historia y la práctica del derecho constitucional contemporáneo—. ¹⁸

2. *El constitucionalismo popular y sus lecciones*

La crítica a la supremacía judicial y la defensa de la participación del pueblo deben posibilitar una efectiva interpretación de la Constitución que sea distribuida entre los poderes, órganos, instituciones y entre todos ellos y el pueblo. De esta forma, se retira la exclusividad de las cortes y se comparte la tarea de interpretar la Constitución. La interpretación realizada por el Poder Judicial es importante, y tiene mucho peso, sobre todo porque es ejecutada por especialistas, pero debe ser encarada como una más, y no como la única correcta. ¹⁹

El constitucionalismo popular parte del presupuesto de que las interpretaciones sobre el contenido, alcance y límites de las previsiones más fundamentales de la Constitución solamente pueden ser establecidos en un ambiente público radicalmente democrático. En este sentido, Mark Tushnet establece una diferencia entre lo que él llama la Constitución delgada (*thin Constitution*) y Constitución gruesa (*thick Constitution*). ²⁰

La Constitución delgada representa los compromisos más fundamentales del pueblo, lo que en los Estados Unidos corresponden a los principios de la Declaración de Independencia y el preámbulo de la Constitución de 1787. ²¹ La Constitución delgada representa, así, los compromisos inmodificables del pue-

¹⁸ *Ibidem*, pp. 6-8.

¹⁹ Tushnet, *op. cit.*, pp. X-181.

²⁰ *Ibidem*, pp. 9-12.

²¹ Mark Tushnet entiende también como parte integrante de la Constitución delgada los derechos humanos orientados al autogobierno. Véase Tushnet,

blo estadounidense, y la actualización de estos compromisos a las circunstancias históricas y actuales de cada momento a lo largo de la historia debe ser realizada por el pueblo. La Constitución gruesa, a su vez, sería compuesta por las normas específicas de la Constitución, sus enmiendas y la construcción jurisprudencial típica del *common law*. Para Tushnet, la Constitución gruesa es contingente y es más usualmente interpretada y modificada por los poderes constituidos.

El constitucionalismo popular debe reivindicar siempre la Constitución delgada. Es decir, la concretización de los principios más básicos que fundamentan y establecen el norte debe ser realizada por el pueblo, a través de un debate público, abierto y democrático.²²

Defensores del derecho al aborto, por ejemplo, creen que la posición antiabortista es tiránica para las mujeres. Por otro lado, los antiabortistas creen que la posición a favor del aborto es tiránica para los embriones porque tal acto pondría término a una vida latente. De la misma manera, algunos defienden las políticas afirmativas y de inclusión y otros se posicionan vehementemente en contra de ellas. Este desacuerdo fue claramente expuesto en Brasil cuando se instituyeron cuotas (la reserva de un porcentual de vacantes) para negros e indígenas en las universidades públicas. Esta política afirmativa de inclusión fue duramente criticada por diversos sectores de la sociedad y cuestionada, incluso, ante el Supremo Tribunal Federal.²³

El resultado de este caso es bastante conocido: no sólo la reserva de vacantes para negros e indígenas fue declarada constitucional por el Supremo Tribunal Federal, sino que también generó una reacción política a favor de mayor inclusión de sectores marginalizados de la sociedad por medio de la ampliación de políticas públicas afirmativas de inclusión. Estos ejemplos mues-

Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 181.

²² *Ibidem*, pp. 12-31.

²³ ADPF 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 26/04/2012.

tran cómo los desacuerdos sólo pueden resolverse a través de una sólida y democrática discusión pública. El caso de las cuotas en Brasil es un ejemplo de esto, porque a pesar del desacuerdo de sectores de la sociedad, las medidas de inclusión fueron judicialmente reafirmadas y luego en seguida ampliadas por decisiones políticas de los gobernantes y representantes del pueblo. Así, estas políticas públicas de ampliación no sólo fueron basadas en un apoyo legal, sino también popular. Sin embargo, el desacuerdo aún permanece, pues todavía existen sectores de la sociedad que siguen manifestándose contra las políticas afirmativas de inclusión por medio de cuotas. Es decir, las decisiones son tomadas, pero los desacuerdos permanecen.

El desacuerdo sobre la atribución de contenido y alcance a los principios constitucionales sólo puede resolverse en un ambiente libre y democrático. Los ciudadanos que no están de acuerdo con la decisión deben respetarla, pero tienen el derecho de insistir y de intentar persuadir a otros ciudadanos para mostrarles que la decisión adoptada no es la que mejor cumple con los compromisos básicos que los unen. Nuevamente, la democracia es la única salida para la solución de conflictos.²⁴

Por otro lado, cuando estas cuestiones más fundamentales son simplemente entregadas al Poder Judicial para que decida en última instancia cuál es la interpretación adecuada de la Constitución, se vacían las competencias y deberes de los representantes del pueblo y se excluye el propio pueblo de esta tarea fundamental. Esta postura favorece a la supremacía judicial sin cualquier justificación que la ampare y, además, promueve la irresponsabilidad de los legisladores y gobernantes, los que ante cuestiones polémicas se eximen de ejercer su función y delegan la decisión definitiva para la Suprema Corte. La revisión judicial de las leyes luego pasa a servir a los intereses de los políticos que buscan evitar posicionarse sobre las controversias constitucionales que les podrían generar costos electorales negativos.²⁵ Así, al

²⁴ Tushnet, *op. cit.*, p. 31.

²⁵ *Ibidem*, pp. 57, 58, 65 y 66.

mismo tiempo que se exige a los representantes del pueblo de hacer justamente lo que les compete hacer y se atribuye al Poder Judicial la última palabra sobre el significado de la Constitución, se excluye automáticamente al pueblo de la tarea de definir los rumbos de sus propias vidas.

Muy a menudo se asocia la idea de que una victoria en la arena judicial es más importante que una victoria en la arena política. Ésta es una idea que la práctica constitucional demuestra ser equivocada. Una victoria exclusivamente en el espacio judicial promueve, en general, buenos efectos sólo en el corto plazo al poner fin al caso. Sin embargo, esto no garantiza que sus efectos seguirán firmes y permanentes en el largo plazo.²⁶ Un ejemplo claro es el famoso fallo *Brown v. Board of Education*.²⁷ Si por un lado, el caso *Brown* representó un gran avance al declarar inconstitucional la segregación racial en las escuelas de los Estados Unidos en 1954, por otro lado, hasta 1964 sólo una minoría de las escuelas en el sur de los Estados Unidos cumplía la decisión de la Suprema Corte. Esto demuestra cómo una victoria judicial es importante, pero cómo ella también es dependiente de una serie de otras medidas y acciones políticas y gubernamentales.

Decisiones exclusivamente judiciales muchas veces ponen fin a las discusiones y cambios que se venían promoviendo gradualmente. Al establecer una decisión final para el conflicto, la decisión judicial pone fin a la disputa, pero ella también puede generar una gran reacción negativa y llevar tiempo para que sea integralmente cumplida. En este tipo de situación existen cuatro escenarios posibles: *a*) la victoria judicial también es una victoria política; *b*) vencer judicialmente, pero perder políticamente; *c*) perder judicialmente, pero ganar políticamente, y *d*) perder judicialmente y también políticamente.

El fallo *Brown v. Board of Education* representó una victoria judicial al prohibir políticas de segregación y también una victoria política al integrar un grupo antes discriminado; lo anterior hizo

²⁶ *Ibidem*, p. 135.

²⁷ 347 U.S. 483 (1954).

que el grupo se integrara de forma más contundente en el debate público. Sin embargo, el fallo *Brown* es una victoria política parcial, apenas desde un punto de vista ideológico, moral, democrático e igualitario. Aunque haya sido una victoria importante, no fue una victoria política amplia, con apoyo y apelo popular, no fue capaz de generar en el corto plazo una victoria política en términos legislativos y de políticas públicas, algo que ocurrió sólo una década después, con la aprobación de la Ley de los Derechos Civiles en 1964.²⁸ En Brasil se puede destacar el caso de la concesión de fármacos para el tratamiento del SIDA (VIH), como un ejemplo de victoria judicial y también política. El gran número de demandas judiciales que se presentaron en todo el país exigiendo de los poderes públicos el suministro de fármacos para el tratamiento del sida (VIH) resultó en innumerables órdenes judiciales que obligaron al Estado a suministrar los fármacos reclamados. Esta victoria judicial hizo que el Estado creara por ley (Ley 9.313/1996) una política de tratamiento universal y gratuito a quienes tenían el sida (VIH).

En este mismo sentido, el caso de las cuotas anteriormente referido también representó una victoria judicial y política para los defensores de las políticas afirmativas y de inclusión. La victoria judicial promovió también una victoria política, que consistió en la institución de las cuotas en otras universidades públicas del país, la ampliación por ley de la reserva de vacantes para incluir no solamente negros e indígenas, sino también alumnos de bajo ingreso de escuelas públicas (Ley 12.711/2012).²⁹

Un ejemplo de victoria judicial y derrota política es el caso *Roe v. Wade*³⁰ sobre el aborto en los Estados Unidos. La decisión final de la Suprema Corte a favor del derecho de elección de las mujeres interrumpió un proceso público de construcción sobre

²⁸ *Ibidem*, p. 136.

²⁹ La Ley 12.711 del 29 de agosto de 2012 estableció la reserva de 50% de las vacantes de las universidades públicas para alumnos egresos de escuelas públicas y de bajos ingresos, negros, pardos e indígenas.

³⁰ 410 U.S. 113 (1973).

el tema que se venía realizando a través del debate popular y democrático en los estados. La decisión causó un fuerte rechazo social (*backlash*) en muchos estados que se demoraron en cumplir integralmente la decisión de la Suprema Corte. En general, esto ocurre porque la decisión final sobre el caso muchas veces desmoviliza aquellos que venían luchando por los cambios deseados y, así, acaba por fortalecer el rechazo de los que se salieron perdedores en la demanda.³¹

Como dijo la jueza (*Justice*) Ruth B. Ginsburg de la Suprema Corte de los Estados Unidos, delante del debate público que ocurría, la Suprema Corte podría haber adoptado una postura de autorrestricción judicial, según la cual la Corte manifestaría su posición en defensa del cambio (en este caso a favor de la libertad de elección de las mujeres), pero dejaría la decisión final al cargo del proceso político y democrático mayoritario.³²

En Brasil, un caso que quizá represente una victoria judicial y una derrota política sea el fallo Raposa Serra do Sol,³³ en el cual el Supremo Tribunal Federal reconoció la demarcación de tierras indígenas promovidas por el Estado y determinó la desocupación de las tierras por aquellos que allí estaban y que no eran indígenas. La decisión, por un lado, representó una victoria judicial inmediata a favor de la protección de los pueblos indígenas, pero, por otro lado, causó una fuerte reacción política contraria a la demarcación de tierras indígenas y a favor de los ruralistas (*agribusiness*). Esta reacción política hasta hoy sigue fuerte y se refleja en la gradual retracción de nuevas demarcaciones de tierras indígenas, en las continuas tentativas de revertir legislativamente las formas de demarcación de estas tierras y en los cons-

³¹ Tushnet, Mark, *¿Por qué la Constitución importa?*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 143-145.

³² “My criticism of Roe is that it seemed to have stopped the momentum that was on the side of change... The court can put its stamp of approval on the side of change and let that change develop in the political process”. Disponible en: https://socialreader.com/me/channels/3945/content/Lx1H8?utm_source=webapp&utm_medium=fbshare&utm_content=articlePage.

³³ Pet. 3.388. Rel. Min. Carlos Britto. Julg. 19/03/2009.

tantes embates de los legisladores patrocinados por los ruralistas y los órganos de protección de los indígenas.

Un ejemplo de derrota jurídica y victoria política es el caso del aborto en Canadá. Al contrario de lo que ocurrió en los Estados Unidos, la Suprema Corte canadiense declaró inconstitucional la ley que autorizaba el aborto, porque el proceso de aprobación de la ley desobedeció exigencias procedimentales del debido proceso legislativo. El Parlamento podría, así, editar una nueva ley que atendiera los criterios requeridos por la Corte y exigidos por el proceso legislativo. Sin embargo, no hubo conveniencia política para esto, y el Parlamento abandonó la propuesta legislativa que regularía el aborto. La falta de una ley reguladora para la realización del aborto hizo que los procedimientos abortivos fueran regulados por las normas generales de los procedimientos médicos. Esto acabó por facilitar la realización del aborto por parte de las mujeres que así desearan proceder. La derrota judicial representó a su vez una victoria política del derecho de elección de la mujer.³⁴

Un caso de derrota judicial y derrota política fue el movimiento por los derechos sociales en los Estados Unidos en la década de 1960. Había un rechazo popular tan grande a los derechos sociales en este periodo, que la Suprema Corte era el único lugar posible de reivindicarlos. Sin embargo, cuando se cambió la composición de la Suprema Corte incluso ella dejó de defender a los derechos sociales, y así la derrota fue completa.

En Brasil es posible mencionar como ejemplo de una derrota jurídica y también política la imposibilidad de castigar penalmente a los agentes de la dictadura militar de 1964-1985. El Supremo Tribunal Federal juzgó improcedente la demanda ADPF 153, que buscaba dar a la Ley de Amnistía brasileña (Ley 6.683/1979) una interpretación conforme a la Constitución brasileña de 1988, y así posibilitar la apuración y penalización de los agentes de la dictadura que hubieran practicado crímenes de lesa

³⁴ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., pp. 136 y 137.

humanidad. Esta derrota judicial representó también un retroceso a las iniciativas legislativas que tenían por objetivo justamente responsabilizar a los agentes de la dictadura.

Sin embargo, la decisión judicial también provocó un fuerte rechazo social y una enérgica reacción popular de diversos representantes del pueblo e instituciones de la sociedad que aún sustentan el debate vivo y buscan así revertir la decisión judicial tomada por el Supremo Tribunal Federal. En este sentido, son de destacarse las reacciones que se siguieron, como el manejo de recursos contra la decisión tomada por el Supremo Tribunal Federal, la creación de la Comisión Nacional de la Verdad,³⁵ la cual impulsó la creación de innumerables comisiones de memoria y verdad en los estados y municipalidades y la proposición de nuevas demandas judiciales³⁶ basadas en entendimientos distintos de aquellos invocados por el Supremo Tribunal Federal; por ejemplo, las demandas basadas en el entendimiento de que los crímenes de secuestro tienen efectos permanentes, y por esto no pueden ser abarcados por la Ley de Amnistía, ya que sus efectos todavía permanecen.³⁷

Estos ejemplos demuestran cómo la supremacía judicial, aunque bien intencionada, no sólo no garantiza la mejor interpretación y aplicación de la Constitución, sino que también puede acabar por promover resultados imprevistos y no deseados. Las demandas judiciales tienen un papel importante en la medida en que hacen que el pueblo y sus representantes tomen conocimiento sobre estas demandas y se las tomen en serio. Sin embargo, cuando se apuestan todas las fichas en una lucha exclusivamente judicial, se deja de lado la contrapartida fundamental,

³⁵ Ley 12.528/2011.

³⁶ Destaque para la demanda judicial 0004204-32.2012.403.6181 promovida por el Ministerio Público Federal en São Paulo para la penalización del coronel Carlos Alberto Brilhante Ulstra, comandante del destacamento de Operaciones Internas de São Paulo (DOI-CODI-SP) en el periodo de 1970-1974 en donde ocurrieron torturas y asesinatos durante la dictadura militar.

³⁷ Piovesan, Flávia y Soares, Inês Virginia Prado, *Derechos humanos actual*, São Paulo, Elsevier, 2014.

que es también mostrar y persuadir a los demás ciudadanos y representantes de que esta demanda no es vana.³⁸

Por esto, el constitucionalismo popular no sólo critica de forma contundente a la supremacía judicial, sino también reivindica el rescate de la participación popular en esta tarea tan importante, que es definir el contenido y alcance, el significado, en fin, de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución.³⁹ Es cierto que la inclusión y participación del pueblo en la vida pública, en la interpretación y aplicación de la Constitución, presupone, necesariamente, la concretización de derechos fundamentales mínimos que en sociedades periféricas y marcadas por una profunda desigualdad, como es el caso de Brasil, son sistemáticamente negados e impiden esta participación. Reivindicar el rescate de un papel protagonista del pueblo en la vida pública, en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución, no significa ignorar esta situación de privación, desigualdad y exclusión. Al revés, el constitucionalismo popular debe ser invocado exactamente por cuenta de la existencia de estas condiciones precarias, y debe, así, servir justamente para denunciar estas situaciones y exigir el debido cumplimiento de la Constitución y la necesaria inclusión del pueblo.⁴⁰

Lo que el constitucionalismo popular muestra es cómo la Constitución no puede ser comprendida como un documento meramente técnico, manejado lejanamente del pueblo sólo por juristas o representantes del pueblo. Al revés, los compromisos más fundamentales asumidos por una sociedad a través de su Constitución sólo pueden ser definidos por medio de la participación popular más directa y activa del pueblo, el que junto

³⁸ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., pp. 136 y 138.

³⁹ *Ibidem*, p. 186.

⁴⁰ Sobre la satisfacción de derechos *a priori* al proceso democrático y el conflicto entre substancialismo X procedimentalismo véase: Godoy, Miguel Guallano de, *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 110-119.

con otros actores, representantes e instituciones, determinará los rumbos de la vida pública y colectiva de su sociedad.⁴¹

III. CONSIDERACIONES FINALES: DEFINIR EL SENTIDO DE LA CONSTITUCIÓN DE FORMA POPULAR Y DIALÓGICA

El sentido de la Constitución debe ser construido y definido colectivamente entre el pueblo y las instituciones de su sociedad. En este sentido, es cierto que el Poder Judicial tiene un papel fundamental en la interpretación y aplicación de la Constitución. Sin embargo, la realización de la Constitución no puede vivir solamente de la interpretación que jueces y cortes hacen de ella. Al revés, la Constitución solamente puede ser plenamente realizada por la política democrática.⁴²

El Estado constitucional fue conquistado por la falta del Estado de derecho. La defensa y afirmación del Estado constitucional sigue hasta hoy con la democracia, que debe ser cumplida diariamente en la concretización de los derechos fundamentales,⁴³ los cuales, juntamente con la soberanía popular, presuponen la titularidad del poder del Estado, el cual, en último análisis, reside en el pueblo. Por esta razón, la democracia no puede ni debe ser encarada como mera técnica jurídica o de representación, sino como presupuesto, experimentación, sustancia y pauta para toda actuación política y jurídica.⁴⁴ Cuando en Brasil el Supremo Tribunal Federal ejerce su competencia, también dice de qué forma comprende la Constitución y, por lo tanto, cómo ella debe ser realizada. Sus interpretaciones y decisiones sobre la Constitu-

⁴¹ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., p. 196.

⁴² Bercovici, Gilberto, *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 325.

⁴³ Müller, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 4a. ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

⁴⁴ Godoy, Miguel Gualano de, *op. cit.*, p. 56.

ción, sin embargo, no son y no pueden nunca pretenderse absolutas, bajo pena de excluir a los demás poderes, instituciones y el propio pueblo de la tarea de definir los contenidos y límites de la Constitución y sus normas.

Las decisiones de jueces y cortes son importantes para asegurar que los conflictos y desacuerdos tendrán una respuesta, pero el Poder Judicial debe ser consciente de que sus respuestas definitivas son, en verdad, siempre provisionarias, temporarias, precarias, sujetas a la revisión y a la superación. Son decisiones que ponen fin a un proceso judicial, pero no al debate público y al proceso democrático. Esto significa retomar, por lo tanto, el entendimiento de que en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución, el Poder Judicial, los jueces y cortes, pueden mucho, pero no pueden todo.

Jueces y cortes son uno más entre varios responsables por la definición del significado de la Constitución. Si la Constitución es apenas lo que el Supremo Tribunal Federal dice que ésta es, no viviremos más en una democracia, sino en un gobierno de jueces y cortes.

En una sociedad que se pretenda democrática e igualitaria —y la Constitución brasileña de 1988 así nos constituye— la tarea de interpretar la Constitución, definir el contenido, los alcances y límites de sus previsiones, debe ser una tarea conjunta y compartida por el pueblo en el ejercicio de su ciudadanía, por cada rama de poder según sus competencias y por las instituciones de acuerdo con sus funciones.⁴⁵ Aunque haya disensos sobre el contenido y significado de los derechos, se puede y se debe alcanzar al menos un acuerdo sobre el procedimiento que va a definir el valor y el alcance de estos derechos. De esta manera, es posible concebir al procedimiento democrático como una condición necesaria de la legitimidad de la decisión, pues los derechos que fundamentan dicho proceso, la satisfacción de estos derechos, definirán el valor epistémico y también, consecuentemente,

⁴⁵ Fisher, Loius, 1988, pp. 3-6 y 231-276.

la legitimidad del proceso democrático-deliberativo.⁴⁶ Es precisamente porque existe un desacuerdo entre los ciudadanos sobre el contenido y alcance de las normas constitucionales que hablar, discutir y deliberar son acciones necesarias.

La única forma de resolver los problemas de coexistencia, las diferencias sobre el contenido de los derechos y del propio proceso democrático de toma de decisión, es promoviendo el diálogo mutuo sobre dichos problemas.⁴⁷ Vale decir que en tanto existe una pluralidad innegable y diferencias tan profundas (quizá insuperables) es necesario dialogar, discutir, comunicar. Así, al fin y al cabo, vale la máxima de la paradoja del lenguaje: “nos comunicamos porque no nos comunicamos”.⁴⁸ Es el diálogo y la deliberación que posibilitan esta comunicación que, en razón de las profundas diferencias existentes, en otros contextos no ocurriría.

Por lo tanto, es necesario encarar al proceso democrático como un procedimiento continuo (*ongoing process*). El proceso nunca se detiene, nuevas razones siempre pueden ser analizadas (a favor o en contra de la decisión tomada), de tal forma que el resultado del proceso no es, necesariamente, permanente. El consenso es así algo que se sabe precario, y la decisión es una decisión que se sabe provisoria.

En esta tarea seguramente existirán desacuerdos profundos, embates, disputas y lados opuestos. Es en el disenso donde se construye la democracia, son los desacuerdos que desvelan viejos dogmas y son las deliberaciones que permiten nuevas posibilidades y experiencias. Errores y decisiones equivocadas seguramente también han de existir. Y es precisamente por ellos y por su inevitabilidad que no se puede admitir una decisión definitiva y abso-

⁴⁶ Godoy, Miguel Gualano de, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁷ Martí, José Luis, *La República deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 172.

⁴⁸ Neto, Menelick de Carvalho, “A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”, *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, vol. 1, núm. 1, 2001, pp. 11-20.

luta —una última palabra— sobre el significado de la Constitución, debiéndose preservar siempre la posibilidad del desacuerdo y de reanudar un debate democrático, igualitario y popular.

Los diálogos interinstitucionales, una categoría a ser más bien explorada, nos posibilitan que se establezca otra dinámica entre las ramas del poder, las instituciones y el pueblo. Al revés de insistir en la disputa por la última palabra sobre el significado de la Constitución o en la dicotomía entre una actuación judicial activa o pasiva de jueces y cortes, los diálogos abren las posibilidades para una interacción colaborativa entre diversos actores; nos permite evaluar no sólo la forma de actuación de cada uno de estos actores, sino también las distintas concepciones de legitimidad que fundamentan sus actuaciones y las razones que justifican sus argumentos.

Estas críticas a las ideas de supremacía judicial y última palabra que el constitucionalismo popular nos ofrece (especialmente el destacado trabajo del profesor Mark Tushnet), así como la categoría surgente de los diálogos, deben servirnos como herramientas y movernos a mejorar la comprensión y el ejercicio de la revisión judicial de las leyes y la definición del contenido y alcance de las normas constitucionales, a fin de que también se expandan los poderes y la participación del pueblo en la tarea de interpretación y aplicación de la Constitución.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMAR, Akhil y HIRSCH, Alan, *For the People: What the Constitution Really Says About Your Rights*, Nueva York, Simon & Schuster, 1998.
- BERCOVICI, Gilberto, *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- GARGARELLA, Roberto, *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004.
- , “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”, en ALTERIO, Ana Micaela y ORTEGA, Ro-

- berto Niembro (orgs.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.
- GODOY, Miguel Gualano de, *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- HAMILTON, Alexander, *The Federalist*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004.
- MARTÍ, José Luis, *La República deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MÜLLER, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 4a. ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- NETO, Menelick de Carvalho, “A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”, *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, vol. 1, núm. 1, 2001.
- y SCOTTI, Guilherme, *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principlológicas e a Superação do Sistema de Regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- PARKER, Richard, *Here, The People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- PROVESAN, Flávia y SOARES, Inês Virgínia Prado, *Direitos humanos atual*, São Paulo, Elsevier, 2014.
- TUSHNET, Mark, *¿Por qué la Constitución importa?*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- , *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy, *A Dignidade da Legislação*, trad. de Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2003.