

rencias entre lo que fue diseñado por los constituyentes de 1988 y lo que existe hoy en día, las tensiones del federalismo se localizan en cuestiones que no fueron enfrentadas por los regímenes políticos anteriores, como nuestras históricas desigualdades sociales y económicas. O sea, el argumento es el de que esas tensiones se originan en cuestiones históricas no resueltas y no en las decisiones tomadas por los constituyentes del '88 en relación al federalismo y a la descentralización. Obviamente, no resulta fácil encontrar soluciones para las tensiones políticas y financieras discutidas más arriba, pero ellas dependen menos del federalismo que del abordaje de conflictos políticos más amplios. Ciertamente, existen fuerzas que intentan modificar el carácter fragmentado y descentralizado del federalismo. Sin embargo, también existen fuerzas que, aunque fragmentadas, defienden la continuidad del formato que asumió el federalismo como resultado de la democratización. Si estas últimas pueden llegar a prevalecer, no se debe sólo a ciertos intereses, sino también a que todas las federaciones democráticas son, por su propia naturaleza, limitadoras del "centro", como lo recuerda Stepan (2000). A pesar de que el federalismo no es una institución nueva en Brasil —y mucho menos lo son las desigualdades regionales—, su forma de limitar al "centro" bajo condiciones democráticas sí lo es. No obstante, todavía es temprano para saber si la democracia y sus instituciones serán capaces de alterar nuestra larga historia de inequidad regional y social.

## PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA EN BRASIL

*Rogério Bastos Arantes & Fábio Kerche*

### I. Más allá (o más acá) de la poliarquía

Con el final del autoritarismo y la reorganización constitucional del país, gran parte de los analistas políticos se volcó hacia el estudio de los aspectos institucionales de la nueva democracia política brasileña<sup>1</sup>.

Exceptuando a los autores que continuaron trabajando con el concepto de democracia como sociedad igualitaria, aquellos que desde un comienzo se propusieron restringir su análisis a la dimensión política aceptaron mayoritariamente el concepto de poliarquía, de Robert Dahl, como forma de caracterizar al nuevo régimen en construcción. El concepto no sólo comenzó a ser utilizado para caracterizar a la nueva democracia sino también para describir su proceso de institucionalización, incorporando para ello otros esquemas analíticos del libro de Dahl (1997): competencia política y derecho de participación como dos ejes a lo largo de los cuales el nuevo régimen puede ir conquistando nuevos estadios rumbo a la poliar-

<sup>1</sup> Sobre la reciente valorización de la dimensión institucional en el análisis político, véase Lamounier (1992).

quía mediante avances concomitantes en la liberalización política y en la inclusividad (ampliación del derecho de participación al mayor número)<sup>2</sup>.

Gracias a la claridad y precisión poco comunes de los esquemas de Dahl, los analistas políticos son capaces de ubicar al régimen político brasileño en la escala de poliarquía y frecuentemente le atribuyen índices bastante elevados de liberalización y de inclusividad —aunque no sin divergencia en cuanto a los puntos exactos.

Sin embargo, hay dos tipos de análisis que no se mostraron satisfechos con el alcance restringido del concepto de poliarquía y que han pretendido ampliar sus límites. Por un lado, la perspectiva crítica que no abandonó el ideal de democracia ampliada continúa cuestionando las bases sociales de la poliarquía. No es que dicha perspectiva no considere la importancia de los cambios en la dimensión descripta por el concepto, pero propone que se vaya más allá de ella. Por otro lado, los estudios que pueden ser agrupados bajo la rúbrica de la gobernabilidad (desde análisis sobre procesos decisorios, políticas públicas, hasta cuestiones más amplias como la relación entre poderes) reconocen el éxito de la poliarquía brasileña en cuanto a su grado de institucionalización de la competencia y la participación políticas, pero cuestionan duramente su desempeño efectivo desde el punto de vista sistémico y de la producción de decisiones. Y aún más que eso, algunos de ellos identifican el origen de los nuevos problemas justamente en aquel éxito, como en una especie de paradoja de las consecuen-

<sup>2</sup> Un buen ejemplo de aplicación de los esquemas analíticos de Dahl para entender el proceso de apertura del régimen autoritario brasileño se puede encontrar en Lamounier (1988). Usos más recientes del concepto de poliarquía en el análisis del régimen político brasileño pueden verse en Santos (1997) y O'Donnell (1998).

cias donde demasiada poliarquía puede significar menos gobierno.

En síntesis, la crítica tensiona permanentemente los límites de la poliarquía brasileña, y las teorías más amplias sobre la democracia han atacado su carácter minimalista o su bajo desempeño como sistema de gobierno.

En relación a la primera perspectiva —que no se satisface con los parámetros limitados de la poliarquía—, su contribución inicial más importante fue la de establecer una distinción entre transición y consolidación democráticas como fases del proceso de redemocratización. En palabras de O'Donnell (1988):

“Aunque se trate del mismo devenir histórico, considero útil postular que los procesos de democratización vividos por nuestros países implican dos transiciones. La primera es la que va del régimen autoritario anterior hasta la instalación de un gobierno democrático. La segunda va desde este último gobierno hasta la consolidación de la democracia, o, en otras palabras, hasta la efectiva vigencia de un régimen democrático. La democracia a la cual me refiero —la democracia política (o poliarquía, según la útil y difundida definición de Robert Dahl)—, puede coexistir con diversos grados de democratización (y con su falta) en los planos económico, social y cultural. Es importante dejar bien clara esa distinción por dos razones: una, porque considero a la conquista de la democracia política sumamente valiosa en sí misma; otra, porque la distinción entre democracia política y democratización socioeconómica y cultural es justamente la que nos permite explorar las relaciones y variaciones entre ambas”.

A pesar de que la crisis económica barrió con los planes normativos y lineales de ese argumento (¡tal vez no hubiese sido diferente incluso sin ella!), el hecho es que la

distinción entre la 1ª fase —transición a la poliarquía— y la 2ª fase —consolidación de un régimen democrático extensivamente igualitario—, aún encuentra eco en los análisis más recientes.

En su último artículo publicado en Brasil, el propio O'Donnell (1998b) aborda de manera renovada esa temática. Señalando una vez más el dilema entre democracia política y desigualdad social, el autor busca una posición intermedia entre la poliarquía (igualdad mínima) y la democracia plena (igualdad máxima). La innovación se da cuando O'Donnell consigue politizar, en sentido analítico, la variable socioeconómica. En realidad, la crítica al concepto minimalista de democracia política careció siempre de argumentos consistentes y de indicios empíricos que demostrasen, en términos causales, cómo se ve afectado el desarrollo de la democracia política por la desigualdad socioeconómica. O'Donnell parece haber dado un paso importante para superar ese dilema básico, mostrando que el análisis político debe ser sensible a las variaciones en la esfera socioeconómica; y esto lo hace mediante la introducción de una dimensión intermedia que el autor identifica a través de la noción clásica de *rule of law*.

Incluso el frío concepto de poliarquía tiene sus connotaciones normativas. Según O'Donnell, la principal de ellas es que el régimen poliárquico presupone que los ciudadanos, para poder ejercer en plenitud sus derechos de participación política, deben estar dotados de un grado básico de autonomía y responsabilidad política. En el fondo, lo que está siendo evocado una vez más es el clásico esquema de Marshall (1967): parece de hecho que el ejercicio satisfactorio de los derechos políticos sólo es posible mediante la plena vigencia de los derechos civiles de libertad y autonomía personal. El ciudadano político debe ser precedido por lo que O'Donnell llama persona legal, esto es,

aquella que es portadora de derechos efectivos (no sólo formales) en la esfera civil de las relaciones interindividuales y también, en lo que corresponda, en las relaciones de los individuos con los órganos estatales.

Tanto en Brasil como en otros países con democracias nuevas, las deficiencias de la dimensión intermedia del *rule of law* son bastante conocidas, con un número alarmante de ciudadanos que se ven excluidos de la ciudadanía civil. Ni el derecho producido es universalista, ni su aplicación por los órganos competentes se da respetando el principio fundamental de igualdad ante la ley. Todo eso coincide con una acentuada pobreza y desigualdad social.

Al poner de manifiesto la (no) efectividad del *rule of law* en las nuevas democracias, O'Donnell (1998b) concluye que “la democracia no sólo es un régimen político (poliárquico), sino también un modo particular de relación entre el Estado y los ciudadanos y entre los propios ciudadanos que, bajo un tipo de principio de la ley, preserva la ciudadanía civil y una completa red de *accountabilities* más allá de la ciudadanía política”.

En este sentido, dado que las nuevas democracias liberales son más democráticas (en el sentido político) que liberales, la tarea de los sectores democráticos y progresistas de esos países sería “llevar a cabo luchas liberales por la efectividad de derechos civiles formales y universalistas para todos” (O'Donnell, 1998).

La segunda perspectiva crítica de la poliarquía se compone de análisis relativos al desempeño de las nuevas democracias como sistemas de gobierno. En ese conjunto de estudios es central el tema de la (in)governabilidad.

Sabemos que el tema de la gobernabilidad concentra la atención de los autores por lo menos desde finales de los años 60, y que a lo largo de los últimos años su abordaje se

ha venido diversificando en términos normativos y metodológicos. Aquí no pretendemos hacer una revisión de la literatura disponible sobre el tema, sino solamente utilizar algunas de sus principales conclusiones sobre las dificultades del proceso de *policy-making* derivadas exclusivamente del sistema político institucional.

Por lo general, para esta segunda perspectiva el problema de las nuevas poliarquías no es su minimalismo sino una especie de mala formación institucional, que se evidencia en una incapacidad del sistema político para producir e implementar decisiones.

En realidad, como nos muestra Santos, tanto el concepto de gobernabilidad como su sucesor —*governance*—, se encuentran vinculados a la “concepción estructural-funcionalista de la performance de los sistemas políticos” (Santos, 1997). La diferencia que aparece en los años recientes es que la gama de esquemas ofrecidos por la teoría de los sistemas para describir el *modus operandi* del subsistema político se ve obligada a incorporar la democracia como medio ambiente, así como a todas las nuevas limitaciones que de allí derivan.

La inclusión del factor democrático en los análisis sobre gobernabilidad volvió a resaltar la importancia de los aspectos político-institucionales. Así, salvo excepciones, la mayoría de los trabajos ha concluido que nuestro sistema de gobierno (especialmente la relación entre Ejecutivo y Legislativo), nuestro sistema partidario y electoral y otros, tienen un impacto negativo sobre el proceso de *policy-making* y que consecuentemente comprometen la gobernabilidad. Existen divergencias sobre el momento de mayor incidencia de las dificultades —si se da en la fase de formulación de las políticas o en su implementación, como muestra Santos—, pero en líneas generales los autores mantienen su escepticismo en cuanto a

las posibilidades que tiene nuestro diseño institucional de favorecer la gobernabilidad.

Desde ese punto de vista, nuestra nueva poliarquía habría tenido el gran mérito de permitir un grado razonable de competitividad (Santos, *op.cit.*) y de participación, pero hoy en día —incluso por su exceso—, viene demostrando una pésima performance como sistema de gobierno.

## II. Llamando al Poder Judicial

Las dos perspectivas críticas de la poliarquía que acabamos de describir sumariamente llegaron por caminos opuestos a las instituciones judiciales, especialmente al Poder Judicial.

Desde el punto de vista de la gobernabilidad, la participación del Poder Judicial en el juego político vuelve más incierto y costoso el proceso de toma de decisiones políticas. Desde el punto de vista de la ciudadanía civil y de la *accountability*, o de la dimensión intermedia del *rule of law* señalada por O'Donnell, la participación eficiente del Poder Judicial podría significar una ampliación democrática que vaya más allá de los límites minimalistas de la poliarquía. Dada la escasez de estudios dedicados a integrar las instituciones judiciales al análisis político, ninguna de estas dos perspectivas consigue ir más allá de la simple mención de ese nuevo agente y del reconocimiento superficial de su importancia.

Nuestra propuesta de inclusión de las instituciones judiciales como objeto importante de análisis político pretende aportar nuevos elementos que permitan conocer mejor tales instituciones, al mismo tiempo que sugerir un tratamiento teórico de la cuestión que se ubique a medio camino entre las perspectivas de la gobernabilidad difícil y de la (no)efectividad del *rule of law*.

En líneas generales, nuestra hipótesis es que las instituciones judiciales brasileñas —especialmente el Poder Judicial—, han contribuido para el reciente proceso de liberalización del Estado, entendiendo liberalización en el sentido clásico de la reducción de oportunidades para un ejercicio despótico del poder político. Históricamente, los procesos de liberalización de los Estados modernos se dieron a través de la fijación del principio de la supremacía de la Constitución y de la institucionalización de algún tipo de sistema de separación y control entre poderes. Sin embargo, desde el comienzo se podía vislumbrar también el peligro inherente a tal limitación del poder: los altos costos e incluso hasta el riesgo de parálisis del proceso de toma de decisiones. Montesquieu (uno de los padres fundadores de este esquema), reconoce el problema pero termina escapándose por la tangente: “Pero como se ven obligados a marchar según el movimiento necesario de las cosas, ellos (los poderes) se verán forzados a actuar en conjunto”. Montesquieu parece sobrestimar la tendencia de las cosas a mantenerse en orden. ¿Qué movimiento necesario obliga a un sistema de vetos y controles a marchar en conjunto? Hasta tal punto no existe ese imperativo que, desde entonces, una de las grandes cuestiones ha sido intentar equilibrar liberalización y gobernabilidad.

Sea en el pasaje de los Estados absolutistas a los Estados liberales, sea en la transición de los regímenes autoritarios a las poliarquías más recientes, la constitución de la ciudadanía civil depende del éxito del proceso de liberalización. Sólo es posible preservar los derechos de libertad, y especialmente la propiedad privada, bajo un Estado constitucional, con arreglos institucionales que sean capaces de ponerle límites a las acciones arbitrarias del poder político. Por lo tanto, el principal beneficiario de un proceso de

liberalización es el individuo, quien se ve protegido por el manto del Estado de Derecho.

Aunque no sea posible retomar aquí la clásica teoría constitucional y de separación de poderes, es importante recordar el decisivo papel que le cabe al Poder Judicial en los tiempos liberales: justamente cuidar de la aplicación imparcial de la ley garantizando el principio de igualdad jurídica, y principalmente velar por el respeto a los derechos fundamentales inscriptos en las constituciones. Esa tarea forma parte del plan general de liberalización del Estado y en principio no tiene nada que ver con los ideales democráticos. Por el contrario, esa función del Poder Judicial fue introducida deliberadamente para limitar la voluntad de la mayoría y proteger la minoría —como veremos en la sección siguiente. Es verdad que más tarde el Poder Judicial fue incorporado a la lista de requisitos de la democracia en tanto guardián de los derechos individuales, pero eso sólo ocurrió después de que el pensamiento democrático aceptó la idea burguesa de la ciudadanía civil como un valor.

En la sección siguiente esclarecemos más ese punto y presentamos los dos modelos que existen hoy sobre el control judicial de los principios y garantías constitucionales.

#### **Por qué llamaron al Poder Judicial**

Como es sabido, en los tiempos modernos el liberalismo llegó antes que la democracia. En un principio incluso eran antagónicos. El que consolidó la idea de superioridad de la Constitución e introdujo una nueva ingeniería institucional para garantizar ese principio fue el pensamiento liberal del siglo XVIII, preocupado como estaba por remover los restos del absolutismo y constitucionalizar al Estado.

Sin duda alguna, el mejor ejemplo de aplicación de los principios liberales clásicos es la Constitución norteamericana de 1787. El espíritu de Montesquieu estuvo presente e influyó a los autores de la Constitución en el desarrollo de una ingeniería institucional de equilibrio entre poderes. Sin embargo, del autor del *El Espíritu de las Leyes* los norteamericanos buscaron más los mecanismos de control que la independencia entre poderes. ¿Por qué? Porque la reconstrucción institucional del país tenía que considerar un problema más serio que la remoción de cualquier resto absolutista. Los norteamericanos se enfrentaban al riesgo más indeseable de un Estado constitucional relativamente abierto a la participación del pueblo: la tiranía de la mayoría sobre la minoría. En los clásicos artículos federalistas, es muy fuerte la idea de que la independencia entre los poderes sólo es viable si se desarrollan entre ellos mecanismos de control. Y los norteamericanos dieron el mejor ejemplo en ese sentido. El miedo de la tiranía de la mayoría tenía una base real en la experiencia reciente de caos económico y financiero que afligía al país. El punto más alto parece haber sido el momento en que los Legislativos estatales comenzaron a decretar el perdón de las deudas de agricultores quebrados, muchas veces anulando decisiones judiciales favorables a los acreedores. El gobierno popular podía producir situaciones de ese tipo, en la cual las mayorías elegidas por el voto amenazan el derecho de propiedad de otros a través del poder legislativo. Por lo tanto, la cuestión no era evitar la tiranía de uno —la absolutista—, sino la de muchos —la democrática. Toda la atención de los constituyentes norteamericanos se volcó entonces al control del Parlamento y a la necesidad de limitar su voracidad legislativa, ofreciendo como parámetro la Constitución. Dado que ellos percibieron como pocos que la presencia de gobernantes ilustrados y formados en el res-

peto a la Constitución debe considerarse como una contingencia del proceso político —particularmente en gobiernos populares—, trataron de garantizar la superioridad de la Constitución a través de la atribución del control de la constitucionalidad de las leyes al Poder Judicial. Como dice Hamilton:

“La completa independencia de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo una que contenga ciertas excepciones especificadas al poder legislativo, como por ejemplo la de que el mismo no aprobará decretos de pérdida de derechos civiles, leyes ex post facto, o cosas semejantes. En la práctica, las limitaciones de ese tipo sólo pueden ser preservadas por medio de los tribunales de justicia, cuya misión debe ser declarar nulos todos los actos contrarios al sentido manifiesto de la Constitución.” (Madison, Hamilton y Jay, 1993.)

En consecuencia, es necesario reconocer que el control constitucional surge como una solución liberal para problemas democráticos. Tanto fue así que la propuesta de hacer explícita esa función del Poder Judicial en el texto de la Constitución norteamericana no fue aprobada, pues muchos quedaron perplejos frente a una doctrina que podría conducir a la superioridad del Poder Judicial con relación al Legislativo. Pero su espíritu permaneció y en 1803, John Marshall —entonces presidente de la Suprema Corte—, le dio vida a través de una clásica sentencia en la cual, juzgando un caso concreto (*Marbury vs. Madison*), declaró la nulidad de una ley por no estar en conformidad con la Constitución.

Con la democratización de los estados liberales, deja de ser unívoco el sentido de la función liberal del Poder

Judicial. Ponerle límites a la acción del Estado, reviendo judicialmente sus decisiones y actos normativos, pasa a ser también una función incómoda, pues la voluntad que se quiere impedir o reformar es la voluntad de la mayoría política. En términos generales, el Poder Judicial se encuentra hoy en la confluencia de las líneas históricas del liberalismo y de la democracia. En términos específicos, atribuirle al Poder Judicial la tarea de preservar la Constitución frente a los actos de los poderes políticos es hacer más liberal al Estado, a pesar de las dificultades que de allí derivan en cuanto a la implementación de decisiones políticas mayoritarias de origen democrático.

#### **El control constitucional en perspectiva comparada**

A pesar de la democratización de los Estados liberales del siglo XIX, el principio del control constitucional sobrevivió y fue adoptado por varias constituciones contemporáneas. Pero no por todas. En países democráticos como Inglaterra y Francia, las decisiones políticas mayoritarias que toman forma de ley y son promulgadas por el Parlamento no pueden sufrir revisión judicial. Las intervenciones judiciales son consideradas ilegítimas justamente porque son antidemocráticas, ya que pueden ir contra la manifestación de la voluntad popular y de sus órganos representativos, mientras que los órganos judiciales no son la expresión de esa voluntad ni son pasibles de control de parte del pueblo.

Ya en los países en que se ha adoptado el control constitucional, han sido utilizados dos modelos básicos. Por un lado, donde se destaca el caso norteamericano, existe el llamado sistema difuso. En ese sistema, todos los jueces que integran el Poder Judicial tienen capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y actos normativos

cuando juzgan casos judiciales concretos. En el modelo difuso, el conflicto entre la ley y la Constitución no es llevado directamente a los tribunales. En realidad, surge de modo incidental durante el devenir de un proceso relativo a una demanda concreta, sea porque las partes tienen la posibilidad de suscitar la cuestión constitucional, sea porque el juez tiene la facultad de examinar los fundamentos constitucionales de la ley a ser aplicada al caso concreto. Del mismo modo, la decisión judicial tiene un efecto restringido a las partes en litigio.

Las consecuencias políticas de esa atribución del Poder Judicial norteamericano ya habían sido percibidas por Tocqueville:

“Lo que un extranjero tiene mayor dificultad para comprender en los Estados Unidos es su organización judicial. Por decirlo así, no hay evento político para el cual no escuche que sea solicitada la autoridad del juez; y en vista de eso concluye, naturalmente, que en los Estados Unidos el juez es una de las primeras fuerzas políticas. Después, cuando comienza a examinar la constitución de los tribunales, en un principio sólo descubre en ella atribuciones y hábitos judiciales. Ante sus ojos, el magistrado nunca parece introducirse en los negocios públicos a no ser por casualidad; pero esa misma casualidad se repite todos los días”.

Y sobre el origen de esa participación política del Poder Judicial, explica Tocqueville (1977):

“La causa se encuentra exclusivamente en lo siguiente: los americanos reconocen el derecho de los jueces de fundar sus decisiones en la Constitución, antes que en las leyes. En otras palabras, jamás les permitirían aplicar las leyes que a los jueces les pareciesen inconstitucionales”.

El principal riesgo del modelo difuso es la ocurrencia de tantas decisiones diferentes cuanto fueren los órganos judiciales accionados en casos semejantes, generando así inseguridad jurídica. Gracias a la tradición jurídica, en los Estados Unidos ese problema se ve compensado por la fuerza vinculante de las decisiones de los tribunales superiores sobre los juicios inferiores. De allí la importancia que adquiere la interpretación de la Constitución de parte de la Suprema Corte, pues su decisión tiene el efecto práctico de ser definitiva.

Por otro lado, en países como Austria, Alemania, Italia y España, encontramos un sistema concentrado. En esos casos, el control constitucional es monopolio de un tribunal especial, más conocido como Corte Constitucional. Al contrario del modelo difuso, este tribunal tiene competencia para juzgar la propia ley, generalmente provocado por algún tipo de acción directa de inconstitucionalidad. Este tipo especial de acción permite directamente que la ley sea puesta en juicio y que su conformidad con la Constitución sea apreciada por la Corte. No existe la posibilidad de que otros órganos judiciales realicen el control constitucional.

Las cortes constitucionales del modelo concentrado se caracterizan por hacer más explícita la dimensión política del control constitucional de las leyes. En primer lugar, el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad aleja a los órganos judiciales y a sus diversas instancias de la posibilidad de intervenir en cuestiones macropolíticas, como lo son en general las cuestiones constitucionales. En segundo lugar, la acción directa dispensa el modo incidental del modelo difuso para incidir sobre la propia ley producida en el Parlamento o acto normativo editado por el Ejecutivo, obteniendo como resultado la confirmación o anulación del diploma legal. En tercer lugar, la dimensión política se ve reforzada por el hecho de que en la mayoría

de los países los que pueden hacer uso de la acción directa forman una lista de agentes políticos especiales, la cual casi siempre está integrada por el Gobierno Federal y por los Gobiernos estatales (si los hubiere), y por una fracción —en general, un tercio—, de los miembros del Parlamento. Por último, la composición de la Corte Constitucional y su posición dentro del esquema institucional de poderes contribuyen para el reconocimiento de la naturaleza política de sus funciones. Las Cortes Constitucionales son órganos separados del Poder Judicial, y no coinciden con sus tribunales superiores. Las formas de investidura del cargo son más politizadas y por lo general combinan la participación del Presidente y del Legislativo en la elección de los integrantes de la Corte. La fijación de mandatos, aunque muchas veces sean bastante dilatados, también se basa en la idea de que el ejercicio de la función debe ser sometido a la evaluación periódica del cuerpo político, además de indicar que la interpretación de la Constitución puede cambiar con el tiempo.

#### **El sistema de control constitucional en el Brasil**

Entre nosotros, curiosamente, luego de la primera Constitución republicana (1891) que copió el modelo difuso norteamericano, las constituciones posteriores realizaron varios cambios inspirados en el sistema concentrado europeo, hasta el punto de transformar nuestro sistema de control constitucional en un sistema híbrido que tal vez no tenga igual en el mundo contemporáneo.

Debido a la Constitución de 1988, nuestro actual sistema no es difuso porque contamos con el mecanismo de la acción directa de inconstitucionalidad patrocinada ante el Supremo Tribunal Federal (STF), con efecto *erga omnes* (contra todos). Desde ese punto de vista, el STF es casi una



Corte Constitucional. Por otro lado, el sistema no es concentrado porque el STF no detenta el monopolio de la declaración de (in)constitucionalidad, compartiendo esa competencia con los jueces y tribunales inferiores de todo el país. Desde ese punto de vista, cuando el STF recibe recursos de las instancias inferiores en cuestiones constitucionales se estará manifestando apenas como órgano de cúpula del Poder Judicial. Para completar el hibridismo de nuestro sistema, las decisiones del STF no vinculan las decisiones de los órganos judiciales inferiores, como ocurre en los Estados Unidos.

En realidad, la Constituyente de 1987-88 se vio frente a un dilema: por un lado, y como parte importante del proceso de liberalización, era preciso restaurar la independencia y autonomía del Poder Judicial. En este sentido, uno de los puntos más importantes era reafirmar el principio difuso, permitiendo que cualquier juez ejerciera el control constitucional. Por otro lado, la experiencia venía demostrando que la creciente concentración de competencia de control constitucional en un órgano especial, a pesar de estar asociada al autoritarismo, se adecuaba a una mayor eficacia y estabilidad del sistema político.

La Constitución de 1988 intentó armonizar estas dos tendencias: mantuvo las innovaciones del régimen anterior que favorecían la concentración de la competencia de control constitucional en el STF —aunque ampliando al mismo tiempo la llegada a esa Corte de forma que no tiene paralelo en los textos constitucionales anteriores—; también mantuvo el principio difuso de control constitucional para las instancias inferiores. O sea, entre optar por la creación de una Corte Constitucional (con monopolio de la función), y retroceder en el proceso de concentración del control constitucional en el STF (realizado por los militares), la Constitución de 1988 terminó conciliando las

dos cosas y consagrando así un sistema híbrido de control de la constitucionalidad de las leyes.

Además de ser extremadamente permeable a las demandas y multiforme en las respuestas, nuestro sistema híbrido de control constitucional puede llegar a comparar cualquier tipo de acto normativo con la Constitución. En este sentido, es importante destacar que en el Brasil tenemos 3 niveles de actividad normativa: 1. actividad normativa autónoma, o simplemente reguladora, desempeñada por el Poder Ejecutivo en las materias de su competencia sin necesidad de participación del Parlamento; 2. actividad normativa normal, o simplemente legislativa, desempeñada por el Poder Legislativo por iniciativa propia o del Ejecutivo en forma de leyes ordinarias y/o complementarias; 3. actividad normativa constituyente, o simplemente constitucional, a través del conocido proceso de enmiendas constitucionales que ha dominado nuestra agenda política desde 1988. Debido a la particularidad del instrumento, tal vez podríamos señalar como un cuarto tipo de actividad normativa aquella que se desarrolla a través de las medidas provisionales. Su naturaleza especial deriva del hecho de que son provisionales y precisan ser confirmadas por el Legislativo, pero como tienen fuerza inmediata de ley le dan al Presidente la oportunidad de ejercer un tipo de actividad normativa que podríamos denominar extraordinaria (Arantes, *op.cit.*, Limongi y Figueiredo, *op.cit.*).

La participación de cada uno de los Poderes en esos niveles de actividad normativa es diferenciada, así como son diversas las formas de iniciación, tramitación y control de las leyes y actos normativos. Aunque sea posible formalizar los distintos caminos y posibilidades de la actividad normativa, para los límites de este trabajo es suficiente indicar que el Poder Judicial puede participar del control de esa actividad en todos sus niveles y etapas, y por la vía di-

fusa o de acción directa ante el STF. El Poder Judicial puede controlar la legalidad y la constitucionalidad de la actividad normativa autónoma o reguladora del Ejecutivo. Decretos de la Presidencia, documentos de Ministerios y resoluciones de órganos como el Banco Central y el Consejo Monetario Nacional, que no necesitan ser aprobados por el Legislativo, han sido llevados a consideración del STF. El Poder Judicial puede controlar la constitucionalidad de la actividad normativa normal, legislativa ordinaria o complementaria del Congreso, así como aquella que denominamos extraordinaria y que se efectúa a través de las medidas provisorias. En ese nivel, el Poder Judicial y su órgano máximo han sido llamados a intervenir en todas las medidas legislativas de constitucionalidad dudosa, no sólo en lo que respecta al mérito de las mismas, sino también en cuanto al modo en que se originaron —lo que ocurre frecuentemente con las MP (Medidas Provisorias). Por último —y sin duda lo más espectacular—, en lo que respecta al mérito y al modo de deliberación, el Poder Judicial puede controlar incluso la actividad normativa constituyente realizada a través de enmiendas constitucionales.

Hay dos casos que ilustran decisiones importantes del STF en este sentido. En 1993, la creación del IPMF (Impuesto Provisorio sobre Movimientos Financieros) se hizo a través de una enmienda constitucional que respetó todas las reglas del quórum y de la votación, pero fue considerada inconstitucional por el STF. El motivo que llevó al Congreso a instituir el nuevo impuesto por medio de una enmienda constitucional fue el impedimento constitucional del cobro de tributo en el mismo ejercicio financiero en que había sido publicada la ley que lo instituyó o aumentó (C.F. art. 150, III, b). Si no fuese por la necesidad de cobro inmediato, habría sido adoptada la vía ordinaria. En términos estrictos, no hubo ninguna violación de la

Carta Magna. A pesar de ello, el STF entendió que aquel principio constitucional era uno de los derechos y garantías individuales, y como tal una cláusula pétrea de la Constitución. Declaró inconstitucional la enmienda del IPMF y en el mismo acto fijó un punto inmutable en nuestro orden jurídico. El segundo caso se refiere a la tramitación en el Congreso de la reforma de la Previsión Social en 1996. Accionado por los partidos de izquierda bajo la alegación de que no habían sido respetados el Reglamento Interno y la Constitución, el STF se vio obligado a juzgar preliminarmente su propia competencia para intervenir o no en asuntos internos del Congreso Nacional. Nueve de los once jueces concluyeron que, tomando en cuenta principios constitucionales, el STF podía velar por la observancia de las normas regimentales. Aunque los ministros hayan decidido liberar la tramitación de la reforma en lo que respecta al mérito, la decisión preliminar fijó el criterio del tribunal en cuanto a su facultad para controlar el proceso de reformas de la Constitución, incluso en lo referido a cuestiones *interna corporis* del legislativo.

En términos generales, la búsqueda del control constitucional ha crecido a un ritmo acentuado en los últimos años<sup>3</sup>. Se trata de una señal bastante clara de que nuestro proceso de liberalización política encontró un fuerte alia-

<sup>3</sup> Las Acciones Directas de Inconstitucionalidad han crecido a lo largo de los 90: 98 en 1990, 126 en 1991, 111 en 1992, 116 en 1993, 121 en 1994, 176 en 1995, 147 en 1996 y 203 en 1997. Los Recursos Extraordinarios (por los cuales los procesos envolviendo cuestiones constitucionales, iniciados en las instancias inferiores del *Judiciário*, llegan por el modo difuso e incidental hasta el Supremo Tribunal Federal) se multiplicaron una vez promulgada la Constitución de 1988; de 1.754 en 1989, alcanzaron valores como 5.786 en 1990, 11.008 en 1992, y 14.677 en 1997 (fuentes: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. STF, Brasília, y Tribunal Federal, STF, Brasília) [nota del compilador en base a gráficos de la versión en portugués del artículo].

do en el Poder Judicial; esto a pesar de las dificultades que de allí derivan en cuanto a la gobernabilidad en un contexto de grave crisis económica e institucionalización incipiente del sistema político democrático. Adoptando la terminología de Lijphart, nuestro sistema de control constitucional se constituye como uno de los instrumentos más poderosos en tanto recurso contra las decisiones políticas mayoritarias, reforzando todavía más el perfil consociativo de nuestro sistema político (Lijphart, 1989). Con esa ingeniería constitucional garantizamos los derechos de las minorías políticas, pero con costos para la gobernabilidad, pues la dispersión de fuentes de poder y las posibilidades institucionales convertirán al proceso de toma de decisiones políticas en un vía crucis, con todos los efectos que esa analogía es capaz de sugerir.

Además de las amplias posibilidades de control de la actividad normativa descriptas encima, es importante recordar que el Poder Judicial sólo se manifiesta cuando es requerido por un agente externo. O sea, al igual que en otros modelos, el Poder Judicial brasileño es una parte “pasiva” de ese proceso y permanece inerte hasta que sea propuesta la acción. El hecho es que la parte “activa” —o sea, el que tiene derecho a iniciar la acción—, también fue objeto de profundas modificaciones a partir de la Constitución de 1988. En primer lugar, hemos visto que hubo una ampliación considerable de los agentes legitimados para proponer acciones directas de inconstitucionalidad. En segundo lugar, el modo difuso le permite a cualquier ciudadano cuestionar la constitucionalidad de un acto normativo en el curso de una demanda concreta en la justicia, lo cual, teóricamente, convierte a cada ciudadano brasileño en un agente potencial del proceso de liberalización. Finalmente, el Ministerio Público —una institución del propio Estado— recibió un trato especial en la nueva Constitución,

ampliando significativamente sus funciones y viendo reforzado su papel de agente provocador del Poder Judicial, incluso en lo que respecta a las cuestiones constitucionales.

Con la Constitución de 1988, el Ministerio Público se independizó de todos los poderes del Estado. Además de esa autonomía y del mantenimiento del monopolio de la Acción Penal, la institución fue habilitada para defender los intereses colectivos e individuales de la sociedad a través de la Acción Civil Pública, incluyéndose allí hasta la defensa del régimen democrático. Este modelo de agente con amplios poderes para provocar al Poder Judicial contribuye para la liberalización del régimen —en el sentido de pretender garantizar la efectividad de los derechos civiles—, pero le acarrea nuevos costos a la gobernabilidad. A pesar de no contar con la legitimidad del voto o del apoyo popular, el Ministerio Público se ha destacado por litigar también en los tribunales la efectividad de los derechos colectivos y sociales previstos en la Constitución, tales como salud, transporte, educación, etc. Las demandas relativas a esos derechos tienden a ser las más problemáticas desde el punto de vista institucional, pues dependen de políticas públicas, y las decisiones judiciales generadas por el MP pueden chocar con las prioridades decididas en el ámbito político-representativo. Por otro lado, prácticamente no hay mecanismos de *accountability* (vertical y horizontal) sobre el MP, y dadas las garantías de autonomía funcional del promotor individual, ni siquiera existe la posibilidad de un comando centralizado de parte de la cúpula de la institución.

Junto a la utilización de los mecanismos judiciales disponibles para procurar la efectividad de los derechos constitucionales, creció en la misma proporción la preocupación de los sucesivos gobiernos del período en cuanto a los efectos desestabilizadores de las intervenciones judiciales

en el proceso político, y se ha intentado llevar a cabo varios cambios institucionales para reformar el modo de participación del Poder Judicial. Uno de ellos fue la medida provisoria 173, que prohibía dar entrada a acciones contrarias al Plan económico del gobierno Collor. Un año después (1991), lejos ya del impacto político de la asunción y derrotado en el combate a la crisis económica, Collor comenzó a sugerir un conjunto de cambios en la Constitución. Entre doce sugerencias de reforma —que en su mayoría versaban sobre ajuste fiscal y desregulación de la economía—, figuraba la reintroducción de la avocatoria, un mecanismo que existía en el período autoritario y que le permitía al STF reclamar para sí el juicio de procesos en curso en las instancias inferiores que representasen un grave peligro de lesión al orden, la salud, la seguridad o las finanzas públicas. A comienzos de 1993, la Enmienda Constitucional n° 3 creó la Acción Declaratoria de Constitucionalidad, con efecto vinculante para las instancias inferiores, y que concentraba más poderes en el STF disminuyendo los de los jueces singulares. Por fin, la medida provisoria 375 (24/11/93), editada en el gobierno Itamar Franco, inhibía la entrada de acciones en los juicios que envolvían intereses de la Unión.

Tales expedientes —a veces unilaterales por parte del Ejecutivo—, pretendían disminuir el poder de las instancias inferiores del Poder Judicial y concentrar la competencia del control constitucional en el Supremo Tribunal Federal; su intención era descongestionar el proceso de toma e implementación de decisiones políticas.

En los últimos 10 años, prácticamente todas las intervenciones económicas de mayor impacto del gobierno suscitaron acciones en la Justicia. Sin embargo, el hibridismo de nuestro sistema provocó decisiones judiciales demoradas y muchas veces contradictorias. Cuestiones como nue-

vos impuestos, bloqueo de recursos en cuentas bancarias, mensualidades escolares, reajustes salariales, privatización de empresas estatales —entre varias otras—, dieron lugar a largas batallas judiciales fundadas en interpretaciones antagónicas de la Constitución. Por un lado, eso se tomó como un indicador del grado de liberalización del nuevo régimen; por otro lado, el modus operandi del control institucional implicó costos para la gobernabilidad, especialmente la inseguridad jurídica derivada de la descentralización de las decisiones judiciales y de la falta de vinculación entre ellas. Para que se tenga una idea de lo anterior, de los procesos relativos a Recursos Extraordinarios y Agravos de Instrumento (recurso judicial contra una injusticia pretendida o real) entre 1991 y 1996 en el STF, nada menos que el 84% fueron repeticiones de casos ya juzgados por el tribunal, o sea, si la decisión de éste hubiese tenido efecto vinculante no habrían recorrido toda la estructura jurídica hasta el Supremo.

Esa experiencia reciente ha dado origen a propuestas de reforma del Poder Judicial, en el sentido de redefinir su diseño institucional y su papel político. Si se llevan a cabo, producirán también un nuevo equilibrio de poderes, el cual hoy en día se encuentra demasiado inclinado a favor de las instancias inferiores del Poder Judicial. Nos estamos refiriendo especialmente a las propuestas de institución del efecto vinculante de las decisiones del Supremo Tribunal Federal sobre las demás instancias del Poder Judicial en materia constitucional, y a la creación de un mecanismo que posibilite transferir al STF los procesos que envuelvan cuestiones constitucionales relevantes que estén en curso en las instancias inferiores del Poder Judicial (conocido como incidente de inconstitucionalidad).

En caso de que se efectúen tales cambios el movimiento de concentración del control constitucional estará casi

completo, con el STF siendo elevado a la condición definitiva de corte constitucional. Decimos casi completo porque esta corte permanecerá todavía en la inconveniente posición de órgano máximo del Poder Judicial, con las responsabilidades ordinarias derivadas de esa función.

### Conclusión

Aunque coincidan en un mismo proceso, liberalización y democratización pueden ser observadas por separado. Esa estrategia nos permite destacar el papel asumido por las instituciones judiciales en la transición del régimen autoritario a la democracia. Como hemos demostrado, cuando en los tiempos modernos el Poder Judicial es elevado a la condición de guardián de la Constitución su tarea original es liberalizante, y sólo posteriormente la misma fue incorporada al elenco de valores democráticos. Más que cualquier otra institución política, el Poder Judicial se encuentra hoy en la difícil posición de limitar las acciones del Estado en contextos institucionales que se pretenden cada vez más democráticos. Como la regla de la mayoría sigue siendo todavía la principal forma de manifestación de la voluntad y decisión política, se puede decir que cuanto más democrático sea ese contexto más difícil será sostener la misión liberalizante del Poder Judicial y del control de la constitucionalidad de las leyes. Entre nosotros, ese problema se ve agravado por la excesiva descentralización de los mecanismos de control constitucional, que nos permite un espectáculo épico de liberalismo, pero también una tragicomedia de gobernabilidad.

Retomando las perspectivas críticas de la poliarquía brasileña, la de la (no) efectividad del *rule of law* y la de la difícil gobernabilidad, entendemos que no se trata de re-

clamar por más Poder Judicial —como quiere la primera—, ni de apartarlo del proceso político —como podría suponerlo una defensa normativa de la segunda perspectiva. Una alternativa intermedia sería la de remodelar el sistema de control constitucional, concentrando esa competencia en una Corte Constitucional. Por un lado, el principio liberal del *rule of law* sería preservado por la existencia de una instancia de recurso externa a la esfera político-representativa. Por otro lado, el principio democrático gubernativo encontraría un adversario más razonable en la Corte constitucional, no sólo por su carácter de tribunal superior sino también por la fuerza vinculante de su interpretación de la Constitución.

Los defensores del actual sistema híbrido afirman que las instancias inferiores del Poder Judicial juzgan a la sociedad de modo favorable, mientras que el Supremo Tribunal Federal, debido a una supuesta falta de independencia, juzgaría favorablemente al gobierno. En realidad, existen indicios de que ese sistema no le ha servido ni a la sociedad ni al gobierno. Tomando como base una muestra de procesos que fueron juzgados por el STF en 1994, Faro de Castro muestra que  $\frac{3}{4}$  o 75% de las decisiones del tribunal beneficiaron a particulares y apenas  $\frac{1}{4}$  o 25% beneficiaron a las autoridades públicas (Faro de Castro, 1997). Otro hecho intrigante es el número irrisorio de Acciones Declaratorias de Constitucionalidad. Las mismas fueron introducidas para posibilitar la resolución directa y con efecto vinculante de las demandas constitucionales, especialmente aquellas que envolvían al Gobierno Federal, pero entre 1993 y 1997 fueron presentadas apenas 4 ADCs al STF. En vista de las innumerables situaciones en que podría haber sido utilizada la ADC en ese período, una hipótesis plausible es que los poderes Ejecutivo y Legislativo dejaron de utilizarla por temor a sufrir derrotas definiti-

vas en pedidos de declaración de constitucionalidad de sus propias medidas. O sea, si el STF no es una corte complaciente con el gobierno —como se alega—, y la sociedad asume los costos de sostener hasta la decisión final las demandas individuales por el modo difuso, no tiene sentido oponerse al modo concentrado que podría resolver los litigios en conjunto. De cualquier modo, como las reformas institucionales no pueden basarse en argumentos casuísticos, sería razonable que la concentración del control constitucional en el STF venga acompañada de una revisión en la forma de selección de sus ministros, amparándose tal vez en el ejemplo de las Cortes Constitucionales europeas.

En resumen, era de esperarse que un mecanismo pensado originariamente para la defensa de los derechos individuales —específicamente, la propiedad privada— contra la tiranía de la mayoría produjese una cierta desestabilización de gobiernos y de sus mayorías políticas, pero consideramos que es posible dosificar mejor ese remedio para los males de la democracia. En este sentido, la concentración de la competencia del control constitucional en el STF a través del efecto vinculante de sus decisiones podría significar: 1. una racionalización del sistema de control constitucional sin la pérdida de su función liberal de protección de derechos individuales, como ocurre por cierto en todas las experiencias extranjeras conocidas; 2. una valorización del juego político y de la democracia contra la tendencia actual de judicialización de los conflictos políticos; 3. un nuevo equilibrio de la relación entre los poderes, inclinados hoy a favor de las instancias inferiores del Poder Judicial; y por último una valorización de su órgano máximo, lo que nos llevaría a repensar la forma de investidura en el cargo de ministro del Supremo Tribunal Federal.

Finalizando, es importante recordar que en el mundo hay Estado democrático sin Constitución escrita; también

hay Estados democráticos con Constitución escrita sin que sea permitida la intervención del Poder Judicial en el proceso político; e incluso hay Estados con Constitución escrita y mecanismos razonables de protección de los derechos individuales fijados constitucionalmente. Sólo no hay Estados constitucionales exclusivamente liberales y que sean reconocidos como legítimos. En realidad, la legitimidad de ese tipo de Estado no sobrevivió al siglo XIX, ya que la democratización política minó sus fundamentos, incluso aquellos remedios exagerados que utilizaba contra los riesgos de la tiranía democrática de la mayoría.



VICENTE PALERMO *(comp.)*  
**POLÍTICA BRASILEÑA  
CONTEMPORÁNEA**

DE COLLOR A LULA EN AÑOS DE TRANSFORMACIÓN



INSTITUTO DI TELLA  
Programa de las Naciones Unidas  
para el desarrollo



SIGLO VEINTIUNO  
DE ARGENTINA EDITORES