

# EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

(El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)

*Luís Roberto Barroso*<sup>12</sup>

*Sumario:* Introducción. Parte I. El Neoconstitucionalismo y las transformaciones del derecho constitucional contemporáneo. I. Marco histórico. II. Marco filosófico. III. Marco teórico. 1. La fuerza normativa de la Constitución. 2. La expansión de la jurisdicción constitucional. 3. La nueva interpretación constitucional. Parte II. La constitucionalización del Derecho. I. Generalidades. II. Los orígenes y evolución del fenómeno. III. La constitucionalización del derecho en Brasil. 1. El derecho infraconstitucional en la Constitución. 2. La constitucionalización del derecho infraconstitucional. 3. Constitucionalización del Derecho y sus respectivas herramientas para la actuación práctica. IV. Distintos aspectos de la constitucionalización del Derecho. 1. Derecho civil. 2. Derecho administrativo. 3. Derecho penal. V. Constitucionalización y judicialización de las relaciones sociales. Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

*“Basta de acciones. Queremos promesas”.*

Anónimo

---

<sup>1</sup> Profesor titular de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro – UERJ, Magíster en Derecho por la Yale Law School y Doctor libre-docente por la UERJ. La traducción es de Bernardo Braga.

<sup>2</sup> Este trabajo ha sido escrito, en su mayor parte, durante mi estadía en la Universidad de San Francisco (UFSCA). Agradezco a Jack Garvey por la invitación y también por tornar mi vida más fácil mientras estuve allí. Agradezco, igualmente, a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos y Cláudio Pereira de Souza Neto por haberen leído los originales y formulado críticas y sugerencias valiosas, así como a Eduardo Mendonça y Danielle Lins por la ayuda inestimable en las investigaciones y en la revisión original del texto.

A través de esa manera protestaba el grafito, todavía en pintura fresca, inscripto en la mureta de una ciudad, en el corazón del mundo occidental. La espirituosa inversión de la lógica natural demuestra una de las principales características de esa generación: la velocidad de la transformación, la difusión de las ideas, la multiplicación de las novedades. Vivimos la perplejidad y la angustia de la aceleración de nuestra vida. Los tiempos no están aptos para las doctrinas, sino para mensajes de rápida absorción. Para *jingles*, y no para las sinfonías. El Derecho experimenta una grave crisis existencial. No logra generar los dos productos que le han dado su fama al largo de los siglos. De hecho, la injusticia camina por las calles, con andar tranquilo<sup>3</sup>, y la inseguridad es una de las características de nuestra era<sup>4</sup>.

En la aflicción de dichos momentos, involucrado con los acontecimientos, no podrá el intérprete valerse del distanciamiento crítico en relación al fenómeno que tiene que analizar. Al revés, necesita trabajar en medio al humo y la espuma. Quizás ésta sea una excusa aceptable para la frecuente utilización de los prefijos *post* y *neo*: post-modernidad, post-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Lo único que se conoce es que vino después y que tiene la pretensión de ser nuevo. Pero, aún así, uno no está seguro sobre qué precisamente consiste. Todo es todavía incierto. Podrá significar avance. También podrá significar volver hacia el pasado. O, podrá ser solamente un movimiento circular, como uno de esos bandazos de 360 grados.

El artículo que se sigue intentará establecer las causas y las consecuencias ocurridas en el derecho constitucional contemporáneo, alzando sobre las mismas una visión positiva y constructiva. Se intenta ofrecer consuelo y esperanza. Alguien podrá decir que se asemeja a un texto de auto-ayuda. Pero, no hay salida: nadie se escapa de su propio tiempo:

---

<sup>3</sup> Bertold Brecht, Elogio da dialética. In: *Antologia poética*, 1977.

<sup>4</sup> John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

## Parte I

### EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

En los tres tópicos que se siguen, se hace el esfuerzo de reconstituir, de manera objetiva, la trayectoria hecha por el derecho constitucional en las últimas décadas, tanto en Europa como en Brasil, tomando en consideración tres marcos fundamentales: el histórico, el teórico y el filosófico. En dichos marcos están delineados las ideas y los cambios de paradigma que han sensibilizado la doctrina y la jurisprudencia en ese período, generando una nueva percepción de la Constitución y de su papel en la interpretación jurídica de una manera general.

#### **I. Marco histórico**

El marco histórico del nuevo derecho constitucional, en Europa continental, fue el constitucionalismo del post-guerra, especialmente en Alemania y en Italia. Ya en Brasil, fue la Constitución de 1988 y el proceso de redemocratización que ella ayudó a protagonizar. A continuación, breve síntesis sobre cada uno de esos procesos.

La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la 2ª. Grande Guerra y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones contemporáneas. La creciente aproximación de las ideas del constitucionalismo con los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominada por diversos nombres: Estado democrático de derecho, Estado constitucional de derecho, Estado constitucional democrático. Sería mala inversión de tiempo y de energía especular sobre las sutilezas semánticas en relación a esa materia.

La principal referencia al desarrollo del nuevo derecho constitucional es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana<sup>5</sup>) del año de 1949, y, en especial, el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951. A partir de ese momento hubo una fecunda producción teórica e jurisprudencial, responsable por el ascenso científico del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romano-germánica. La segunda referencia que merece ser destacada es la Constitución de Italia, de 1947, y el posterior surgimiento de su corte constitucional, en 1956. A lo largo de la década de 70, la redemocratización y la reconstitucionalización de Portugal (1976) e de España (1978) añadieron valor y sustancia al debate acerca del nuevo derecho constitucional.

En la experiencia brasileña, el renacimiento del derecho constitucional ocurrió, de forma semejante, en el ambiente de la reconstitucionalización del país. A pesar de las vicisitudes normativas de menor o mayor grado presente en su texto y la compulsión con la cual esta ha sido modificada a lo largo de los años, la Constitución fue capaz de promover, con extremo éxito, la transposición de un Estado cuyo régimen era autoritario, intolerante y, en determinadas ocasiones, violento para un Estado democrático de derecho.

Más allá de esto: la Carta de 1988 ha propiciado el más largo período de estabilidad institucional de la historia republicana del país. Y no fueron tiempos de poca importancia. A lo largo de su vigencia, se destituyó a través de *impeachment* a un Presidente de la República, hubo un grave escándalo involucrando la Comisión de Presupuesto del Congreso, fueron echados Senadores importantes en la división del poder en la República, fue elegido un Presidente de oposición e integrante del Partido Laboral, surgieron sonoras denuncias acerca del esquema para

---

<sup>5</sup> La Constitución alemana, promulgada en 1949, tiene la designación originaria de "Ley Fundamental", que señalaba su carácter provisorio, concebida para una fase de transición. La Constitución definitiva solamente debería ser ratificada después que el país recuperase su unidad. El 31 de agosto de 1990 fue firmado el Tratado de Unificación que reguló la adhesión de la República Democrática Alemana (RDA) a la República Federal de Alemania (RFA). Sin embargo, después de la unificación no ha sido promulgada una nueva Constitución; desde 3 de Octubre de 1990 la Ley Fundamental vigoraba en toda Alemania.

la financiación de campañas políticas y de ventajas generadas a parlamentares, entre otros episodios. Pero, en ninguno de esos eventos descritos hubo cualquier sugerencia para que se adoptara una solución que no respetara la legalidad constitucional. En esa materia, caminamos, en un corto tiempo, todos los ciclos del atraso<sup>6</sup>.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1988, el derecho constitucional brasileño cambió desde la oscuridad al apogeo en menos de una generación. Acordémonos: una constitución no es solamente técnica. Hay que haber, por detrás de ella, la capacidad de simbolizar y de cautivar la imaginación de las personas hasta nuevos avances. El surgimiento de un sentimiento constitucional en el país es un hecho que merece ser celebrado. Se trata de un sentimiento todavía tímido, pero real y sincero, que involucra un gran respeto hacia la Ley Mayor, al margen de la inestabilidad de su texto. Indudablemente, es un gran progreso. Superamos la histórica indiferencia que se mantuvo en relación a la Constitución. Y, para aquellos que bien lo saben, es la indiferencia, y no el odio, lo contrario del amor.

## **II. Marco filosófico**

El marco filosófico del nuevo derecho constitucional es el post-positivismo. El debate acerca de su caracterización se ubica en la unión de las dos grandes corrientes del pensamiento que ofrecen paradigmas opuestos para el Derecho: el iusnaturalismo y el positivismo. Opuestos, pero, por veces, singularmente complementarios. El panorama actual está marcado por la superación –o, quizás, sublimación– de los modelos en su forma pura y sustituido por un conjunto difuso y amplio de ideas, agrupadas por la denominación genérica de post-positivismo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> V. Luis Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

<sup>7</sup> Autores precursores en ese debate fueron: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, *Postpositivismo*, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: : “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la

El iusnaturalismo moderno, desarrollado a partir del siglo XVI, hizo la aproximación entre la ley y la razón y se transformó en la filosofía natural del Derecho. Fundado en la concepción de principios de justicia con validez universal, se transformó en el combustible de las revoluciones liberales y llegó a su apogeo en las Constituciones escritas y con la codificación. Considerado como metafísico y no científico, el derecho natural fue echado al margen de la historia en razón de la ascensión del positivismo jurídico, en fines del siglo XX. En busca de la objetividad científica, el positivismo empezó a equiparar Derecho y ley, ubicándose lejos de la filosofía y de temas como la legitimidad y la justicia, y logró dominar el pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo XX. Su decadencia está emblemáticamente relacionada con la derrota del fascismo en Italia y del nazismo en Alemania, regímenes que promovieron la barbarie basándose en la protección conferida por la legalidad. Con el fin de la 2ª. Guerra, la ética y los valores volvieron al Derecho<sup>8</sup>.

La superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del positivismo llevaron a un proceso amplio y todavía no acabado de reflexiones acerca del derecho, su función social y su interpretación. El post-positivismo intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho actual: intenta hacer una lectura moral del Derecho, pero sin la necesidad de utilización de categorías metafísicas. La interpretación y aplicación del ordenamiento tendrán que inspirarse en una teoría de la justicia y no podrán aceptar activismos o personalismos, en especial, los judiciales. En ese conjunto de ideas ricas y distintas que procuran un hogar en dicho paradigma en construcción se incluyen la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el resurgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el desarrollo de una teoría de derechos

---

indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

<sup>8</sup> Para un estudio más profundizado del tema, con referencias bibliográficas, v. Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III.

fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana. En ese ambiente, se promueve la reaproximación entre el Derecho y la filosofía<sup>9</sup>.

### III. Marco teórico

En el plan teórico, tres grandes transformaciones modificaron el conocimiento convencional en relación a la aplicación del derecho constitucional: a) el reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución; b) la expansión de la jurisdicción constitucional; c) el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Se sigue, entonces, un análisis singular de cada una de ellas:

#### 1. La fuerza normativa de la Constitución

Uno de los grandes cambios de paradigma que ocurrieron a lo largo del siglo XX fue la modificación del *status* de la norma constitucional, que empezó a ser considerada como norma jurídica. De esa manera, se superó el modelo existente en Europa hasta la mitad del siglo pasado, por lo cual la constitución era comprendida como un documento esencialmente político, una invitación para que los Poderes Públicos efectivamente actuaran. La concretización de sus propuestas quedaba invariablemente vinculada a la actividad del legislador a la discrecionalidad del administrador. Al Poder Judicial no se le reconocía cualquier papel relevante en la realización práctica del contenido de la Constitución.

Con la reconstitucionalización acaecida después de la 2ª. Guerra Mundial, dicho panorama empezó a modificarse. Inicialmente en Alemania<sup>10</sup> e, poco

<sup>9</sup> V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: “Desde hace unos treinta años, se observa el retorno de los valores como el camino para la superación del positivismo. A partir de lo que se ha establecido llamar la “virada kantiana” (*kantische Wende*), es decir, la vuelta de la influencia de Kant, ocurrió la reaproximación entre ética y derecho, con la fundamentación moral de los derechos humanos y con la búsqueda de la justicia basada en el imperativo categórico. El libro denominado *A Theory of Justice*, de John Rawls, publicado en 1971, constituyó el certificado de renacimiento de esas ideas”.

<sup>10</sup> Trabajo seminal en esa materia es el de Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. El texto, el original alemán, correspondiente a su clase inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg, es del año 1959. Existe una versión en

después, en Italia<sup>11</sup>. Y, muy adelante, en Portugal<sup>12</sup> y en España<sup>13</sup>. Actualmente, pasó a ser premisa del estudio de la constitución el reconocimiento de su fuerza normativa, del carácter vinculativo y obligatorio de sus disposiciones. Es decir: las normas constitucionales están investidas de plena eficacia, que es la característica de las normas jurídicas, y su no observancia ha de movilizar los mecanismos propios de coacción, o sea, de cumplimiento forzado. Se debe registrar, aún, que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial no eliminó las inevitables tensiones que se generan entre la pretensión de normatividad del constituyente, por un lado, y, por otro, las circunstancias correlacionadas a la realidad fáctica y las eventuales resistencias del *status quo*.

La discusión acerca de la fuerza normativa de la Constitución solamente llegó a Brasil, de manera sólida, a lo largo de la década de 80, teniendo que afrontar las resistencias previsibles<sup>14</sup>. Más allá de las complejidades propias de la concretización de cualquier orden jurídica, nuestro país padecía las patologías crónicas, relacionadas al exceso de autoridad y a la insinceridad constitucional. No es novedad, por tanto, que las constituciones hayan sido, hasta entonces, instrumentos de reposición de promesas fluidas y destinadas a la mera función de aconsejar el legislador infraconstitucional, sin aplicabilidad directa e inmediata. Fue el papel de la Constitución de 1988, así como de la doctrina y la jurisprudencia, que se produjeron a partir de su promulgación, el mérito elevado de haber excluido las posiciones más retrógradas.

---

portugués: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>11</sup> V. Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

<sup>12</sup> V. J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss.

<sup>13</sup> Sobre esa cuestión, en perspectiva general y acerca del caso específico de España, véase, respectivamente, dos preciosos trabajos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; y *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

<sup>14</sup> Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; y también *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tesis de libre-docencia presentada en la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, publicada con el título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data de la 1ª. edição). En la década de 60, José Afonso da Silva escribió su célebre tesis *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

## 2. La expansión de la jurisdicción constitucional

Antes del año 1945, en la mayor parte de Europa tenía vigencia el modelo de supremacía del poder Legislativo, en la línea de la doctrina inglesa de soberanía del parlamento y de la concepción francesa de la ley como expresión de la voluntad general. A partir de fines de la década de 40, sin embargo, la nueva ola trajo no solamente nuevas constituciones, sino también un nuevo modelo, inspirado en la experiencia estadounidense: la supremacía de la Constitución. La fórmula involucraba la constitucionalización de los derechos fundamentales, que así se quedaban ajenos al proceso político mayoritario: su protección empezaba a ser responsabilidad del Poder Judicial. Varios países europeos empezaron a adoptar un modelo propio de control de constitucionalidad, asociado a la creación de los tribunales constitucionales.

Así ocurrió, inicialmente, en Alemania (1951) y en Italia (1956), como señalado anteriormente. Inmediatamente, el modelo de los tribunales constitucionales se expandió por toda la Europa Continental. La tendencia continuó con Chipre (1960) y Turquía (1961). En el flujo de la democratización ocurrida en la década de 70, fueron instituidos tribunales constitucionales en Grecia (1975), en España (1978) y en Portugal (1982). Y también en Bélgica (1984). En los últimos años del siglo XX, fueron creadas cortes constitucionales en los países del este de Europa, como, por ejemplo, en Polonia (1986), Hungría (1990), Rusia (1991), República Checa (1992), Rumania (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovenia (1993). Lo mismo sucedió en los países africanos, como Argelia (1989), Sudáfrica (1996) e Mozambique (2003). Actualmente, en Europa, además del Reino Unido, solamente Holanda y Luxemburgo todavía siguen manteniendo el modelo de la supremacía parlamentaria, sin la adopción de cualquier modalidad de *judicial review*. El caso francés será objeto de una mención específica más adelante.

En Brasil, el control de constitucionalidad existe, por la vía incidental, desde la primera Constitución republicana, de 1891. La denominada acción

genérica (o, en la actualidad, conocida por acción directa), cuya finalidad es el control por vía principal –abstracto o concentrado–, fue introducida por la Enmienda Constitucional n.º 16, del año de 1965. Sin embargo, la jurisdicción constitucional se amplió, en realidad, a partir de la Constitución de 1988. La razón fundamental fue la ampliación de su legitimación activa, que amplió el número de las entidades legitimadas para proponerla<sup>15</sup>. Además, se añadió la generación de nuevos instrumentos de control concentrado, como la acción declaratoria de constitucionalidad<sup>16</sup> y la reglamentación de la acción de incumplimiento de precepto fundamental<sup>17</sup>.

En el sistema constitucional brasileño, el Supremo Tribunal Federal puede ejercer el control de constitucionalidad (i) en acciones de su competencia originaria (CF, art. 102, I), (ii) por la vía del recurso extraordinario (CF, art. 102, III) y (iii) en procesos objetivos, en los cuales se proponen las acciones directas<sup>18</sup>. De 1988 hasta abril de 2005, ya habían sido propuestas 3.469 acciones directas de inconstitucionalidad (ADIn), 9 acciones declaratorias de constitucionalidad y 69 impugnaciones por incumplimiento de precepto fundamental. Como forma de impedir el avance en demasía de los recursos interpuestos ante el Supremo Tribunal Federal, la enmienda constitucional n.º 45, que implementó diversas modificaciones

---

<sup>15</sup> Desde su creación hasta la configuración que le fue dada por la Constitución de 1969, el derecho de proponer la “representación de inconstitucionalidad” era monopolio del Procurador-General de la República. La Constitución de 1988 rompió dicha hegemonía, previendo un expresivo conjunto de legitimados activos en su artículo 103.

<sup>16</sup> Introducida por la enmienda Constitucional nº 3, de 1993. V, también, Ley nº 9.868, de 10.11.1999.

<sup>17</sup> V. Ley nº 9.882, de 3.12.99. Antes de esa ley, prevalecía el entendimiento que dicho mecanismo no era aplicable.

<sup>18</sup> Las acciones directas en el controle de constitucionalidad brasileño son la acción directa de inconstitucionalidad (art. 102, I, a), la acción declaratoria de constitucionalidad (arts. 102, I, a, e 103, § 4º) y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión (art. 103, § 2º). Existe, aún, dos hipótesis especiales de control concentrado: la impugnación de descumplimiento de precepto fundamental (art. 102, § 1º) y la acción directa interventiva (art. 36, III). Sobre el tema del control de constitucionalidad brasileño, v. entre vários autores: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

en la disciplina del Poder Judicial, creó la figura de la *repercusión general* de la cuestión constitucional discutida, como requisito de admisibilidad del recurso<sup>19</sup>.

### 3. La nueva interpretación constitucional

La interpretación constitucional es una modalidad de interpretación jurídica. Dicha circunstancia es una consecuencia natural de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, del reconocimiento de que las normas constitucionales son normas jurídicas, con todos sus elementos propios. Consecuentemente, se aplican a la interpretación constitucional los elementos tradicionales de la interpretación del Derecho, desde hace mucho definidos como el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico. Se debe señalar, en este momento, para luego volver al tema, que los criterios tradicionales para la solución de eventuales conflictos normativos son el jerárquico (ley superior prevalece sobre la inferior), el temporal (ley posterior prevalece sobre la anterior) y el especial (ley especial prevalece sobre la general).

Sin perjuicio en cuanto a lo que se ha afirmado anteriormente, es un hecho que las especificidades de las normas constitucionales (v. *supra*) llevaron a la doctrina y la jurisprudencia, desde hace años, a desarrollar o sistematizar un conjunto específico de principios aplicables a la interpretación constitucional. Tales principios, de naturaleza instrumental y no material, son presupuestos lógicos, metodológicos o finalísticos de la aplicación de las normas constitucionales. Estos son en la ordenación que se presenta más adecuada a las circunstancias brasileñas: el de la supremacía de la Constitución, el de la presunción de constitucionalidad de las normas y actos del Poder Público, el de la interpretación conforme la Constitución, el de la unidad y el de razonabilidad o proporcionalidad<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> La enmienda constitucional n.º 45/2004 ha introducido el § 3º do art. 102, con la siguiente dicción: “§ 3º. En el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en la demanda, en los términos de la ley, de manera que el tribunal examine la admisión del recurso, solamente habiendo la posibilidad de rehusarla por la manifestación de dos tercios de sus miembros.”

<sup>20</sup> V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

Antes de avanzar, cumple hacer una advertencia: la interpretación jurídica tradicional no está superada en su totalidad o en su esencia. Por el contrario, es en su ámbito que continúa siendo solucionada una parte significativa de las cuestiones jurídicas, probablemente la mayoría de ellas. Sin embargo, los operadores jurídicos y los teóricos del derecho empezaron a tomar en consideración, en los tiempos más recientes, de una situación de carencia: las categorías tradicionales de interpretación jurídica no son completamente ajustables a la solución de una serie de problemas conectados con la realización de la voluntad constitucional. A partir de esa toma de conciencia, se empezó un proceso de elaboración doctrinaria de nuevos conceptos y categorías, sistematizados bajo la denominación de la nueva interpretación constitucional, la cual echara mano de un arsenal teórico muy diverso, en un verdadero sincretismo metodológico<sup>21</sup>. Se procederá, a partir de ahora, a una breve comparación entre los dos modelos.

La interpretación jurídica tradicional se desarrolló bajo dos grandes premisas: en cuanto al papel de la norma, ella tiene que ofrecer, en su relato abstracto, la solución para los problemas jurídicos; en cuanto al papel del juez, éste tendrá que identificar en el ordenamiento jurídico la norma que deberá ser aplicada al problema bajo análisis, revelando la solución establecida en su contenido. Ello significa decir, la respuesta para los problemas no está presente únicamente en el sistema jurídico, y el intérprete desempeña una función técnica de conocimiento, formulación de los juicios de hecho. En el modelo convencional, las normas son

---

<sup>21</sup> En el caso brasileño, como en los demás países de constitucionalización reciente, doctrina y jurisprudencia todavía se encuentran en fase de elaboración y maduración, hecho que potencia la importancia de las referencias extranjeras. Ésa es una circunstancia histórica a cual necesitamos enfrentar, evitando dos extremos indeseables, el sometimiento intelectual que implica la importación acrítica de fórmulas ajenas, y, peor que todo, la incapacidad de reflexión propia; y la soberbia intelectual, por la cual se rechaza aquello que no se tiene. En ese ambiente no es posible utilizar modelos puros, concebidos en otros lugares, y hacer el esfuerzo para vivir la vida de los demás. El sincretismo –desde que consciente y coherente– resulta inevitable y deseable. En visión aparentemente diversa v. Virgílio Afonso da Silva, *Intepretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.

percibidas como reglas, o sea, enunciados descriptivos de conductas que deberán ser observados, aplicables mediante subsunción<sup>22</sup>.

Con el continuo desarrollo del derecho constitucional, las premisas ideológicas bajo las cuales se levantó el sistema dejaron de ser plenamente satisfactorias: Así: (i) en cuanto al papel de la norma, se verificó que los problemas jurídicos ni siempre están en el relato abstracto del texto normativo. Muchas veces, sólo es posible producir la respuesta constitucionalmente adecuada a la luz del problema, de los hechos relevantes, analizados de manera tópica; (ii) en cuanto al papel del juez, ya no le corresponderá solamente una función vinculada al conocimiento técnico, relegado al simple acto de revelar el contenido de la norma. El intérprete deberá tener una participación decisiva en el proceso de creación del Derecho, con un sentido de complementariedad al trabajo del legislador, en especial cuando realiza la tarea de valorar el sentido de las cláusulas abiertas y de realizar elecciones entre las soluciones posibles.

Dichas transformaciones arriba presentadas, tanto en relación a la norma cuanto al intérprete, son ilustradas de manera elocuente por las distintas categorías con las cuales trabaja la nueva interpretación. Entre ellas, se incluyen las cláusulas generales, los principios, las colisiones de normas constitucionales, la ponderación y la argumentación. A continuación, se expone una breve consideración acerca de cada una de ellas.

Las nombradas cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados poseen términos o expresiones de textura abierta, con gran plasticidad, que fornecen el inicio de la significación que deberá ser complementada por el intérprete, tomando en consideración las circunstancias del caso concreto. La norma en abstracto no contiene todos los elementos necesarios para su aplicación. Al manejar

---

<sup>22</sup> Identificada la norma aplicable, se procede al encuadramiento del hecho al texto de la norma jurídica, llegándose hasta la conclusión. Un razonamiento, por tanto, de naturaleza silogística, en el cual la norma es la premisa mayor, el hecho relevante es la premisa menor, y la conclusión es la sentencia.

expresiones como orden público, interés social y buena fe, entre tantas otras, el intérprete necesita hacer una valoración entre elementos subjetivos y objetivos presentes en la realidad fáctica, de manera a definir el sentido y el alcance de las normas. Como la solución no se encuentra completa en el enunciado normativo, su función no podrá limitarse a la revelación que allí se encuentra; ella tendrá que ser más profunda, integrando el comando normativo con su propia evaluación<sup>23</sup>.

El reconocimiento de la normatividad de los principios y su distinción cualitativa en relación a las reglas es uno de los símbolos del post-positivismo (v. *supra*). Los principios no son, como las reglas, comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas, sino normas que consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios. La definición del contenido de cláusulas como la dignidad de la persona humana, razonabilidad, solidaridad, eficiencia también transfiere para el intérprete una dosis importante de discrecionalidad. Se puede inferir, de forma precisa, que el menor grado de densidad jurídica de dichas normas no impide que de ellas se extraiga, en su relato abstracto, la solución completa de las cuestiones sobre las cuales inciden. También aquí, por lo tanto, se impone la actuación del intérprete en la definición correcta de su sentido y alcance<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Las cláusulas generales no son una categoría nueva del derecho –desde hace mucho integran la técnica legislativa– y tampoco son exclusividad del derecho constitucional –pudiendo encontrarse en el derecho civil, en el derecho administrativo y en otros dominios–. Sin embargo, ellas son un buen ejemplo de cómo el intérprete es co-participante en el proceso de creación del derecho. Un ejemplo real, ampliamente divulgado por la prensa: en el caso de la muerte de la cantante Cássia Eller, hubo una disputa por la posesión y guarda de su hijo, en la época con cinco años, entre el abuelo materno y la compañera de la artista. El criterio existente en la Constitución y en la legislación prescribía al juez que atendiera al “mejor interés del menor de edad”. Sin el examen de los elementos del caso concreto, no era posible ni siquiera iniciar la solución del problema.

<sup>24</sup> Tómese como ejemplo el principio de la dignidad de la persona humana y véase la divergencia en cuanto a la interpretación, manifestada por dos juristas de la nueva generación, creados en el mismo ambiente académico. Ana Paula de Barcellos sitúa el mínimo existencial en el ámbito de la dignidad de la persona humana y de él extrae los derechos a la educación fundamental, a la salud básica, a la asistencia en el caso de necesidad y el de acceso a justicia (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Daniel Sarmento diverge de esa posición, pues entiende que es inadecuada la elección de determinadas prestaciones sociales, con la exclusión de otras, que a su ver son igualmente derechos fundamentales, como el derecho a la “salud curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

La existencia de colisiones entre normas constitucionales, tanto en relación a las colisiones entre principios como a las de derechos fundamentales<sup>25</sup>, empezó a percibirse como un fenómeno natural – hasta mismo inevitable– en el paradigma del constitucionalismo contemporáneo. Las constituciones modernas son documentos dialécticos, que promueven bienes jurídicos que se contraponen entre la promoción del desarrollo y la protección del medio ambiente, entre la libre iniciativa y la protección del consumidor. En el plano de los derechos fundamentales, la libertad religiosa de un individuo podrá chocarse con la de otro, el derecho a la privacidad y la libertad de expresión viven en una tensión continua, la libertad de reunión de algunos podrá interferir en el derecho de locomoción de los demás<sup>26</sup>. En la hipótesis de dos normas de igual jerarquía que colisionen en abstracto, es fácil inferir que éstas no pueden fornecer, a través de su relato, la solución del problema. En dichos casos, la actuación del intérprete generará el Derecho aplicable a la realidad fáctica.

El conflicto entre normas constitucionales lleva a la necesidad de ponderación<sup>27</sup>. La subsunción, por supuesto, no es capaz de solucionar el problema, una vez que es imposible encuadrar el mismo hecho dentro de normas cuyos contenidos son opuestos. Tampoco son útiles los criterios tradicionales de solución de los conflictos normativos – jerárquico, cronológico y de la especialización – cuando la colisión ocurre entre disposiciones originarias de la Constitución. A partir de ése panorama, la ponderación de las normas, bienes o valores (v. *infra*) es la técnica que tiene que ser utilizada por el intérprete, por vía de la cual él (i) hará concesiones recíprocas, intentando, en la mayor medida que sea posible, preservar el contenido de los intereses en disputa o, en casos límites, (ii) procederá a la elección del derecho que

---

<sup>25</sup> Nótese que hay derechos fundamentales que presentan la forma de principios (libertad, igualdad) y otros la forma de reglas (irretroactividad de la ley penal, anterioridad tributaria). Además, hay principios que no son derechos fundamentales (libre iniciativa).

<sup>26</sup> Sobre el tema de las restricciones a los derechos fundamentales, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tesis de doctorado presentada al programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro – UERJ.

<sup>27</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

va a prevalecer, en concreto, en razón de que ese derecho realiza de manera más adecuada la voluntad constitucional. El concepto clave para la solución en esa materia es el principio instrumental de la *razonabilidad*.

Se llega, por fin, a la *argumentación*<sup>28</sup>, a la razón práctica, al control de racionalidad de las decisiones establecidas, a través de la técnica de la ponderación, en los *casos difíciles*, que son aquellos que aceptan más de una solución posible y razonable. Las decisiones que involucran la actividad creativa del juez potencian el deber de la fundamentación, en virtud de no quedarse completamente legitimadas por la lógica de la separación de los Poderes –por ésta última, el juez se limita a aplicar, bajo un caso concreto sometido a su cognición, la decisión abstracta hecha previamente por el legislador. En orden a asegurar su legitimidad y la racionalidad de su interpretación en dichas situaciones, el intérprete deberá, en medio a otras consideraciones: (i) reconducir su decisión siempre al sistema jurídico, a una norma constitucional o legal que la fundamente –la legitimidad de una decisión judicial se basa en su vinculación con una deliberación mayoritaria, sea del constituyente o del legislador; (ii) utilizarse de un fundamento jurídico que pueda ser generalizado para los demás casos que se pueda considerar como equiparables, es decir, que tenga la pretensión de universalidad: decisiones judiciales no deben ser casuísticas; (iii) llevar en cuenta las consecuencias prácticas que su decisión podrá producir en el mundo de los hechos<sup>29</sup>.

En síntesis: el neoconstitucionalismo o el nuevo derecho constitucional, en la acepción desarrollada en este trabajo, identifica un conjunto amplio de transformaciones ocurridas en el Estado y en el derecho constitucional, en

---

<sup>28</sup> Sobre el tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1ª. edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999

<sup>29</sup> Sobre el tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

medio de las cuales se pueden señalar, (i) como *marco histórico*, la formación del Estado constitucional de derecho, cuya consolidación ocurrió a lo largo de las décadas finales del siglo XX; (ii) como *marco filosófico*, al post-positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y con una reaproximación entre Derecho y ética; y (iii) como *marco teórico*, al conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución y la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Ese conjunto de fenómenos ha resultado en un proceso extenso y profundizado de la constitucionalización del Derecho.

## Parte II

### LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

#### I. Generalidades

La expresión *constitucionalización del Derecho* es de uso reciente en la terminología jurídica y podrá comportar múltiples sentidos. A través de ella se intenta caracterizar, por ejemplo, cualquier ordenamiento jurídico en el cual hubiera una Constitución dotada de supremacía. Como esa es una característica común de un significativo número de sistemas jurídicos contemporáneos, faltaría especificidad a la expresión. No es, por tanto, en ese sentido que en nuestro trabajo la utilizamos. Ella podría servir para identificar, además, el hecho de que la constitución formal incorpora en su texto varios temas pertinentes a las ramas del Derecho infraconstitucional. Se trata del fenómeno que empezó, de cierta forma, con la constitución portuguesa de 1976, que tuvo continuidad a través de la Constitución española de 1978 y, llevado al extremo, por la Constitución brasileña de 1988. Aunque esta sea una situación imbuida de características propias, no es desde ella que, específicamente, se estará analizando en este trabajo<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Aunque no se pueda negar que la presencia, en la Constitución, de normas cuyo contenido pertenece a otras ramas del Derecho (civil, administrativo, penal) influya en la interpretación del derecho infraconstitucional correspondiente. Volveremos a ese punto específico más adelante.

La idea de constitucionalización del Derecho aquí explorada está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico<sup>31</sup>. Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución empiezan a condicionar la validez y el sentido de todas las normas del derecho infraconstitucional. Es intuitivo que la constitucionalización influya sobre la actuación de los tres Poderes, incluso y principalmente en sus relaciones establecidas con los particulares. Pero, más original aún: influye, también, en las relaciones entre los particulares. Fíjese cómo dicho proceso, relacionado con otras nociones tradicionales, interferirá en las relaciones arriba referidas.

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

---

<sup>31</sup> Algunos autores han utilizado los términos *impregnar* e *impregnación*, que en el idioma portugués pueden adquirir una connotación peyorativa. V. Louis Favoreu –notable divulgador del derecho constitucional en Francia, fallecido el 2004–, *La constitutionnalization du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Se quiere designar aquí, principalmente, la constitucionalización de los derechos y de las libertades, que nos conduce a una impregnación de las ramas del derecho, al mismo tiempo que llevan a su transformación”. Y, también, Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

libertad de contratar o del uso de la propiedad privada, subordinándolos a los valores constitucionales y al respeto de los derechos fundamentales.

## II. Origen y evolución del fenómeno

El estudio que se viene desarrollando hasta ahora demuestra la evolución del derecho constitucional en Europa y en Brasil a lo largo de las últimas décadas. Este proceso, que pasa por los marcos históricos, filosóficos y teóricos arriba expuestos, conduce al momento actual, cuya característica distintiva es la constitucionalización del Derecho. La aproximación entre constitucionalismo y la democracia, la fuerza normativa de la constitución y la difusión de la jurisdicción constitucional fueron los ritos de paso para el modelo actual<sup>32</sup>. El lector atento ya habrá percibido, sin embargo, que la secuencia histórica presentada y las referencias doctrinarias señaladas no son válidas para las tres principales experiencias constitucionales: la del Reino Unido, la de los Estados Unidos y la de Francia. El caso francés será objeto de análisis más adelante. Sobre los otros dos, hacemos ahora una síntesis breve.

En relación al Reino Unido, los conceptos no se aplican. Aunque haya sido el Estado precursor del modelo liberal, con la consecuente limitación al poder absoluto y la afirmación del *rule of the law*, necesita una constitución escrita y rígida, que es uno de los presupuestos, como el propio nombre sugiere, de la constitucionalización del Derecho. Se podría argumentar, es verdad, que existe entre los británicos una Constitución histórica y que ella es, incluso, más rígida que la mayoría de las constituciones escritas existentes en el mundo. O podríamos reconocer el hecho de que el Parlamento Inglés adoptó, en el año de 1998, el “*Human Rights Acts*”, incorporando al derecho interno la Convención Europea de los Derechos

<sup>32</sup> Algunos autores procuran elaborar un conjunto de condiciones para la constitucionalización del Derecho. Es el caso de Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que incluye entre ellas: (i) una Constitución rígida; (ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; (iii) la fuerza vinculante de la Constitución; (iv) la “sobreinterpretación” de la Constitución (su interpretación extensiva, con el reconocimiento de sus normas implícitas) (v) la aplicación directa de las normas constitucionales; (vi) la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; (vii) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Humanos<sup>33</sup>, no sería posible soslayar un argumento más: la inexistencia del control de constitucionalidad y, más propiamente, la existencia de una jurisdicción constitucional en el sistema inglés<sup>34</sup>. En el modelo británico vale la supremacía del parlamento y no la de la Constitución.

Ya en relación a los Estados Unidos, la situación es diametralmente opuesta. Cuna del constitucionalismo escrito y del control de constitucionalidad, la constitución americana –que es la misma desde 1787– tuvo desde sus primeros momentos el carácter de documento jurídico y, por tanto, siempre fue posible su aplicación directa e inmediata por parte el Poder Judicial. De hecho, la normatividad amplia y la judicialización de las cuestiones judiciales poseen sus bases en la doctrina de *El Federalista* y su precedente jurisprudencial consolidado desde 1803, fecha del juzgamiento del caso *Marbury V. Madison* por la Suprema Corte estadounidense. Por dicha razón, la interpretación de todo el derecho desde la óptica de la Constitución es una característica histórica de la experiencia americana, y no puede ser considerada como una singularidad contemporánea<sup>35</sup>. El gran debate doctrinario es acerca de la legitimidad y dos límites de la actuación del Poder Judicial

---

<sup>33</sup> La nueva ley entró en vigencia solamente en el año 2000.

<sup>34</sup> Sobre esto, y en desarrollo en cierto modo sorprendente, debe registrarse la aprobación del *Constitutional Reform Act*, en 2005, que previó la creación de una Corte Suprema (In: [www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm), sitio visitado el 8 de agosto de 2005). Señálese la curiosidad de que, no obstante, fue aprobado –aunque no existiera una Constitución escrita– un acto que la reforma.

<sup>35</sup> Veáanse, a éste propósito, como ejemplos, la jurisprudencia que se produjo en materia de derecho procesal penal, por la sumisión del *commow law* de los estados a los principios constitucionales. En *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, se consideró ilegítima la búsqueda y aprehensión hecha sin autorización judicial, como exige la 4ª enmienda. En *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, se entendió que la 6ª enmienda aseguraba para todos los acusados en procesos criminales el derecho a un abogado. En *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, se impone a la autoridad policial, ante el abordaje a un sospechoso, que se le comunique que A) tendrá el derecho de permanecer callado, b) Todo lo que hable podrá ser utilizado en contra de él mismo en un tribunal; c) tendrá el derecho a consultar un abogado antes de ser interrogado y éste podrá estar presente durante el interrogatorio. D) en el caso de que no tenga condiciones financieras para soportar los costos de un abogado, el Estado se lo asignará uno. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para un análisis objetivo e informativo sobre este y otros aspectos, en lengua portuguesa, V. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

en la aplicación de valores sustantivos y del reconocimiento de los derechos fundamentales que no se encuentran expresos en la Constitución (v. *infra*).

Existe razonable consenso de que el marco inicial del proceso de constitucionalización del Derecho fue establecido en Alemania. En ese país, bajo el régimen de la Ley Fundamental de 1949 y consagrando desarrollos doctrinarios que ya venían de más lejos, el Tribunal Constitucional Federal consolidó que los derechos fundamentales, más allá de su dimensión subjetiva de protección de las situaciones individuales, desempeñan otra función: la de instituir un orden objetivo de valores<sup>36</sup>. El sistema jurídico debe proteger determinados derechos y valores, no solamente por el beneficio que puedan traer a una o a algunas personas, sino por el interés general de toda la sociedad en su satisfacción. Tales normas constitucionales condicionan la interpretación de todas las ramas del Derecho, sea público o privado, y vinculan los poderes estatales. El primer gran precedente en la materia fue el caso *Luth*<sup>37</sup>, fallado en 15 de enero de 1958<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre la cuestión de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la literatura en lengua portuguesa, V. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214, y Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.

<sup>37</sup> Los hechos subyacentes eran los siguientes. Erich Lüth, presidente del Club de prensa de Hamburgo, incitaba el boicot a una película cuyo director era el Sr. Veit Harlan, cineasta que mantenía relaciones con el régimen nazi en el pasado. La productora y la distribuidora de la película obtuvieron, en la jurisdicción ordinaria, decisión favorable a la cesación de dicha conducta, por considerar que violaba el § 826 del Código Civil (BGB) (“Quien, de manera atentatoria a las buenas costumbres, dañar a alguien está obligado a la reparación de los daños causados”). El Tribunal Constitucional Federal reformó la sentencia, en nombre del derecho fundamental a la libertad de expresión, que debería influenciar la interpretación del Código Civil.

<sup>38</sup> *BverfGE* 7, 198. Traducción libre y editada a partir de la versión publicada en Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37. “Los derechos fundamentales son, antes de todo, derechos de defensa del ciudadano ante el Estado; sin embargo, las disposiciones de derechos fundamentales de la ley fundamental se incorporan también a un orden objetivo de valores, que como decisión fundamental es válida para todos los ámbitos del derecho. (...) ese sistema de valores —que encuentra su punto central en el seno de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana...— ofrece dirección e impulso para el legislativo, la administración y para el poder judicial, proyectándose, también, sobre el derecho civil. Ninguna disposición del derecho civil podrá contradecirlo, debiendo ser interpretadas de acuerdo a su espíritu. (...) La expresión de una opinión, que continúe una invitación a un boicot, no está en contradicción, necesariamente, con las buenas costumbres, en el sentido del § 826 del Código Civil (BGB). Puede encontrar justificación constitucional en la libertad de expresión, desde que sean ponderadas todas las circunstancias del caso”. Esa decisión es bastante comentada por numerosos autores nacionales, entre los cuales: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, quién describe brevemente otros dos casos: “Blinkfuer” e “Wallraff”; Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma*

A partir de dicho precedente, basándose en el conjunto de derechos fundamentales de la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional promovió una verdadera “revolución de ideas”<sup>39</sup>, especialmente en relación al derecho civil. De hecho, al largo de los años subsecuentes, la Corte invalidó dispositivos del BGB, impuso la interpretación de sus normas de acuerdo a la Constitución y determinó la elaboración de nuevas leyes. Así, por ejemplo, para dar eficacia al principio de la igualdad entre hombres y mujeres, se introdujeron cambios legislativos en materia de régimen matrimonial, derecho de los ex-cónyuges después del divorcio, poder familiar, nombre de la familia y con relación al derecho internacional privado. De la misma manera, el principio de la igualdad entre los hijos legítimos y naturales generó reformas en el derecho a la filiación<sup>40</sup>. Fueron proferidas, también, decisiones interesantes en el tema de las uniones homosexuales (homo-afectivas)<sup>41</sup> y en el derecho de los contratos<sup>42</sup>.

---

*contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss..

<sup>39</sup> Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 85.

<sup>40</sup> Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 87-8, con identificación de cada una de las leyes. La jurisprudencia a la cual se refiere en la secuencia del párrafo fue localizada a partir de referencias contenidas en ese texto.

<sup>41</sup> En un primer momento, en nombre del principio de la igualdad, una ley de 16 de febrero de 2001 disciplinó las uniones homosexuales, terminando con la discriminación existente. En un segundo momento, esa ley fue objeto de una verificación de inconstitucionalidad, bajo el fundamento de que estaría en contradicción con el art. 6°, I de la Ley Fundamental, por lo cual “el matrimonio y la familia son puestos bajo la protección particular del Estado”, al legitimar otra especie de institución de derecho de familia, paralela al matrimonio heterosexual. La Corte no acogió el argumento, sosteniendo que la nueva ley no impedía el matrimonio tradicional y tampoco concedía a la unión homosexual cualquier modalidad de privilegio en relación a la unión convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, con votos disidentes de los jueces Papier y Hass, v. sitio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), visitado el 4 agosto 2005).

<sup>42</sup> Un contrato de fianza prestado por la hija, en favor de su padre, que tenía por objeto cantidades muchas veces superiores a su capacidad financiera fue considerado inválido por ser atentatorio a la moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); un pacto nupcial en que la mujer, embarazada, renunció a los alimentos en nombre propio y en nombre de su hijo fue considerado nulo, pues se consideró que no puede prevalecer la libertad contractual cuando hay dominación de una parte sobre la otra (1 BvR 12/92, del 6 febrero de 2001, unánime, v. sitio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de), visitado el 4 de agosto de 2005); un pacto sucesorio que imponía al hijo mayor del emperador Guillermo II el deber de casarse con una mujer que presentase determinadas condiciones allí impuestas fue considerado nulo por violar la libertad de matrimonio (1 BvR 2248/01, del 22 marzo de 2004, unánime, v. sitio [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) visitado el 4 de agosto de 2005).

En Italia, la constitucionalización entró en vigencia el 1° de enero de 1948. El proceso de constitucionalización del Derecho, sin embargo, solamente empezó en la década de los sesenta, consumándose en la década siguiente. Acordémonos de que la Corte Constitucional italiana sólo se instaló en 1956. Antes de eso, el control de constitucionalidad fue ejercido, por fuerza de la disposición constitucional transitoria VII, por la jurisdicción ordinaria, que no le proporcionó la vitalidad necesaria. Por el contrario, en ese periodo hubo la formulación, por la Corte de Casación, de la distinción entre las normas *preceptivas*, de carácter vinculante y aplicables por los tribunales, y de las normas *de principio* o *programáticas*, destinadas solamente al legislador y no aplicables directamente por el Poder Judicial. Así, durante los nueve primeros años de su vigencia, la Constitución y los derechos fundamentales en ella previstos no repercutieron sobre la aplicación del derecho ordinario<sup>43</sup>.

Sólo con la constitución de la Corte Constitucional –y, por cierto, desde su primera decisión– la normas constitucionales relacionadas a los derechos fundamentales empezaron a ser directamente aplicables, sin intermediación del legislador. La Corte desarrolló un conjunto de técnicas de decisiones<sup>44</sup>, habiendo enfrentado, durante los primeros años de su actuación, la arraigada resistencia de las instancias ordinarias y, en especial, de la Corte de Casación, generando una disputa

---

<sup>43</sup> Sobre el tema, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Therry Di Manno, Code Civil e Constitution en Italie. In: Michel Verpeaux (org.), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

<sup>44</sup> Además de las decisiones declaratorias de inconstitucionalidad, la Corte emplea diferentes técnicas, que incluyen: 1) decisiones interpretativas, que corresponden a la interpretación conforme a la Constitución, con la posibilidad de ser establecida (a) con el rechazo de la verificación de inconstitucionalidad, pero con la afirmación de una interpretación compatible o (b) con la aceptación de la verificación de inconstitucionalidad, con declaración de inconstitucionalidad de la interpretación que venía siendo practicada por la jurisdicción ordinaria, permaneciendo vigente, en ambos casos, la disposición atacada; 2) decisiones manipuladoras, en las cuales la aceptación de la verificación de inconstitucionalidad y, además de la declaración de invalidez de la disposición, la Corte va más allá, profiriendo (a) sentencia adictiva, exponiendo la norma a la situación originariamente no contempla en la misma, cuando la omisión implique violación al principio de igualdad; y (b) sentencia sustitutiva, por la cual la Corte no solamente declara la inconstitucionalidad de determinada norma, como también introduce en el sistema, a través de declaración propia, una norma nueva. Sobre el tema, v. Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

denominada, en cierta época, como “la guerra de las cortes”<sup>45</sup>. Como ejemplo del ocurrido en Alemania, la influencia de la constitucionalización del Derecho y de la propia Corte Constitucional se manifestó en decisiones de inconstitucionalidad, en convocatorias a la actuación del legislador y en la reinterpretación de las normas infraconstitucionales vigentes.

De 1956 a 2003, la Corte Constitucional profirió 349 decisiones involucrando cuestiones constitucionales relacionadas con el código civil, de las cuales 54 declararon la inconstitucionalidad de dispositivos de aquél, en decisiones de la siguiente naturaleza: 8 de invalidación, 12 interpretativas y 34 aditivas<sup>46</sup> (sobre las características de cada una de ellas, ver nota del párrafo anterior). Fueron producidos fallos en temas que incluían adulterio<sup>47</sup>, uso del nombre del marido<sup>48</sup> y derechos sucesorios de hijos ilegítimos<sup>49</sup>, en medio a otros. En el plano legislativo, bajo la influencia de la Corte Constitucional, fueron aprobadas, a lo largo de los años, modificaciones profundas acerca del derecho de familia, inclusive en relación al divorcio, al derecho a la adopción y al derecho al trabajo. Dichas alteraciones, llevadas a cabo por las leyes especiales, provocaron la denominada “*descodificación*” del derecho civil<sup>50</sup>.

En Francia, el proceso de constitucionalización del Derecho tuvo un inicio mucho más tardío y todavía experimenta una fase de afirmación. La

---

<sup>45</sup> Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 107.

<sup>46</sup> Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 103.

<sup>47</sup> Sentencia 127/1968, j. 16 diciembre 1968, Rel. Bonifácio, v. sitio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado en 4 de agosto de 2005. La Corte invalidó el artículo del Código Civil que trataba de manera distinta el adulterio del marido y de la esposa. El realizado por la esposa siempre sería causa suficiente para la disolución de la unión conyugal, en cambio el hecho por el marido solamente sería la sencilla hipótesis de “injuria grave a la mujer”.

<sup>48</sup> Sentencia 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sitio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado en 4 de agosto de 2005. La Corte profirió sentencia adictiva para permitir que la mujer excluyera el nombre de su marido después de la separación (ocurrida por culpa del marido), prerrogativa que no estaba prevista en el artículo 156 del Código Civil

<sup>49</sup> Sentencia 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sitio [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado en 4 de agosto de 2005. La Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 565 del Código Civil, en la parte que excluía del beneficio de la sucesión legítima a los hijos naturales reconocidos.

<sup>50</sup> Irti, *L'età della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

Constitución de 1958, como se sabe, no previó el control de constitucionalidad, ya en el modelo europeo, ya en el modelo estadounidense, habiendo elegido una fórmula diferenciada: la del control previo, ejercido por el Consejo Constitucional en relación a algunas leyes, antes de que éstas fueran vigentes<sup>51</sup>. De ese modo, no existe en el sistema francés, en términos técnicos, una verdadera jurisdicción constitucional. No obstante, algunos avances significativos y constantes vienen ocurriendo, empezando por la de cisión de 16 de junio de 1971<sup>52</sup>. A ella se siguió la Reforma de 29 de octubre de 1974, ampliando la legitimidad para provocar la actuación del Consejo Constitucional<sup>53</sup>. Vagarosamente, empiezan a incorporarse al debate constitucional

<sup>51</sup> En su concepción original, el Consejo Constitucional se destinaba, sobre todo, a preservar las competencias de un Poder Ejecutivo fuerte contra las invasiones del Parlamento. Sus principales funciones eran tres: a) el control de regimientos de cada una de las cámaras (Asamblea Nacional y Senado), para impedir que se invitiesen de poderes que la Constitución no les asigna, como sucedió en la III e IV Repúblicas; b) el papel de la "justicia electoral", respecto a las elecciones presidenciales, parlamentares o a los referendos; c) la delimitación del dominio de la ley, fiscalizando la adecuada división entre las competencias legislativas y reglamentares. Ésta última función se ejercía en tres situaciones: la del art. 41, asociada a la invasión por la ley parlamentaria de competencia propia del gobierno; la del art. 61, alinea 2, que permitía al primer-ministro provocar el control acerca de la inconstitucionalidad de una ley, después de su aprobación, pero antes de su promulgación; y la del art. 37, alinea 2, relativa a modificación, a través de la vía del decreto, de las leyes que poseían carácter reglamentar. Con la reforma constitucional del año de 1974, el control de constitucionalidad de las leyes empezó a ser la actividad principal del Consejo, aproximándolo de una corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

<sup>52</sup> De manera objetiva, la decisión n.º 71-44 DC, de 16.07.71 (In: [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm), visitado en 26 jul. 2005), consideró que la exigencia de autorización previa, administrativa o judicial, para la constitución de una asociación violaba la libertad de asociación. Su importancia, sin embargo, fue el reconocimiento de que los derechos fundamentales previstos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del año de 1789, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, se incorporaba a la Constitución de 1958, por fuerza de la referencia constante en el preámbulo de esa, figurando, por tanto, como parámetro para el control de constitucionalidad de las leyes. Esa decisión reforzó el prestigio del Consejo Constitucional, que empezó a desempeñar el papel de protector de los derechos y de las libertades fundamentales. Además, consagró el "valor positivo y constitucional" del preámbulo de la Constitución y asentó la idea del "bloque de constitucionalidad". Esa expresión significa que la Constitución no se limita a las normas que son contenidas o que pueden ser extraídas, sino que incluye otros textos normativos de su texto, que en el caso eran la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del año de 1789, y en el preámbulo de la Constitución de 1946, así como los principios fundamentales de las leyes de la República, a los cuales el referido preámbulo hacía referencia. Sobre la importancia de esa decisión, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, *Was it France's Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; J.E. Beardsley, *The Constitutional council and Constitutional liberties in France*, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para un análisis más detallado de la decisión, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Específicamente sobre el , v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

<sup>53</sup> Desde entonces, el derecho de provocar la actuación del Consejo Constitucional, que antes era prerrogativa solamente del Presidente de la República, del Primer-Ministro, del Presidente de la Asamblea Nacional y del Presidente del Senado, se extendió también, a sesenta diputados o a

francés temas como la impregnación del orden jurídico por la Constitución, el reconocimiento de la fuerza normativa de las normas constitucionales y el uso de la técnica de interpretación conforme la Constitución<sup>54</sup>. El proceso de constitucionalización del Derecho, vale la advertencia, enfrenta vigorosa resistencia de la doctrina más tradicional, que ante dicho proceso verifica diversas amenazas, y también la usurpación de los poderes del Consejo del Estado y de la Corte de Casación<sup>55</sup>.

### III. La constitucionalización del Derecho en Brasil

#### 1. El derecho infraconstitucional en la Constitución

La Carta de 1988, como consignado anteriormente, posee la virtud suprema de simbolizar el retorno de la democracia en Brasil y también de haber contribuido de forma decisiva para el más largo periodo de estabilidad política de la historia del país. Fíjese: éste hecho significa mucho. Pero no se trata, por supuesto, de la Constitución de nuestra madurez institucional, sino que debe ser considerada como la Constitución de nuestras circunstancias. Por los vicios y por las virtudes, su texto

---

sesenta senadores. El control de constitucionalidad se tornó un importante instrumento de actuación de la oposición parlamentaria. Entre los años de 1959 y 1974, fueron proferidas solamente 9 (nueve) decisiones acerca de leyes ordinarias (por iniciativa del Primer-Ministro y del Presidente del Senado) y 20 (veinte) acerca de las leyes orgánicas (pronunciamiento obligatorio). De 1974 hasta 1998, hubo 328 provocaciones (*saisine*) al Consejo Constitucional. Los datos constan de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), visitado em 26 jul.2005.

<sup>54</sup> V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.

<sup>55</sup> Véase la discusión del tema en Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. En la conclusión del libro, que documenta el Coloquio de Rennes, en septiembre de 1996, François Terré, al presentar lo que correspondería a la conclusión del evento, formuló áspera crítica al ascenso de la influencia del Consejo Constitucional: "Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepois s'imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lê cās échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel" (p. 409).

final, expresa una heterogénea mezcla de intereses legítimos de los trabajadores, clases económicas y categorías funcionales, añadidos a paternalismos, reservas del mercado y corporativismos de distintos géneros. La euforia constituyente –saludable e inevitable después de tantos años de exclusión de la sociedad civil– llevaron a una Carta que, además de analítica, puede ser considerada como prolija y corporativa<sup>56</sup>.

Cuanto al punto relevante para el trabajo, conviene notar que todos las principales ramas del derecho infraconstitucional tuvieron aspectos suyos, de mayor o menor relevancia, tratados por la Constitución. La catalogación de dichas previsiones empieza por reglas generales y llega hasta reglas extremadamente específicas, que llevan al lector del espanto al hastío. Así ocurre con el derecho administrativo, civil, penal, laboral, procesal civil o penal, financiero y presupuestario, tributario, internacional y, además, hay, de igual manera igual, un título dedicado al orden económico, en el cual se incluyen normas sobre la política urbana, agrícola y sistema financiero. Y otro dedicado al orden social, dividido en varios capítulos y secciones, que empieza por el tema de la salud e llega hasta el tema de la protección y derechos de los indígenas.

Aunque el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, tal y como analizado en este trabajo, no pueda ser confundido con la presencia de normas de derecho infraconstitucional en la Constitución, existe un espacio natural de superposición entre los dos temas. Con efecto, en la medida que los principios y reglas específicos de una disciplina ascienden a la Constitución, su interacción con las demás normas de su respectivo sistema cambia de cualidad y empieza a tener un carácter subordinante. Se trata de la constitucionalización de las fuentes del Derecho dentro de aquella materia. Dicha circunstancia no siempre es deseable<sup>57</sup>, interfiere en los límites

---

<sup>56</sup> Sobre el tema, v. Luís Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

<sup>57</sup> Tanto la doctrina como la jurisprudencia, en el plano del derecho penal, han condenado, por ejemplo, la constitucionalización de los “crímenes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

de la actuación del legislador ordinario y también en la lectura constitucional que será hecha por el Poder Judicial en relación al tema que fue constitucionalizado.

## 2. La constitucionalización del derecho infraconstitucional

En los Estados de constitucionalización más tardía, como Portugal, España y, sobre todo, Brasil la constitucionalización del Derecho es un fenómeno más reciente, aunque sea también bastante intenso. Se verificó, entre nosotros, el mismo movimiento translativo ocurrido inicialmente en Alemania y, en seguida, en Italia: el paso de la Constitución para el centro del sistema jurídico. A partir de 1988, y más precisamente en los últimos cinco o diez años, la Constitución empezó a disfrutar no solamente de una supremacía en sentido formal, sino de una supremacía material, axiológica, potenciada por la apertura del sistema jurídico y por la normatividad de sus principios. Con gran ímpetu, exhibiendo su fuerza normativa sin precedentes, la Constitución ingresó en el paisaje jurídico del país y también en el discurso de los operadores del derecho.

En el centro del ordenamiento jurídico ya no está más ubicado el viejo Código Civil. Fíjese que el derecho civil desempeñó en Brasil –como en otros países– el rol de un derecho general, que precedió muchas áreas de especialización, y que confirió cierta unidad dogmática al ordenamiento. La propia teoría general del derecho era objeto de estudio dentro del derecho civil, y sólo en épocas más recientes adquirió autonomía didáctica. En el caso brasileño, se debe registrar, el Código Civil ya venía perdiendo influencia en el ámbito del propio derecho privado. Lo que sucede es que, a lo largo del tiempo, en la medida que el código envejecía, innumerables leyes fueron editadas, empezando a formar microsistemas autónomos en relación al propio código, en temas como alimentos, sociedades empresariales, filiación, locación, consumidor, niños y adolescentes y sociedades mercantiles. A ejemplo del caso italiano, también entre nosotros ocurrió la “*descodificación*” del derecho civil<sup>58</sup>,

<sup>58</sup> Sobre el caso italiano, v. Pietro Pelingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: El Código Civil, con seguridad, perdió su centralidad que tenía anteriormente. El papel unificador del sistema, tanto en sus aspectos más tradicionalmente civilistas como en aquellos de relevancia publicista, es desempeñado de manera cada vez más incisiva por el texto Constitucional”. Sobre el caso brasileño,

fenómeno que no fue afectado sustancialmente por la promulgación del nuevo Código Civil del año de 2002, con vigencia a partir de 2003<sup>59</sup>.

En ese ambiente, la Constitución empieza a no ser considerada ya sólo como apenas un sistema tomado en sí propio –con su nuevo orden, unidad y armonía– sino como una nueva manera de mirar e interpretar todas las demás ramas del Derecho. Dicho fenómeno, denominado por algunos autores como *filtraje constitucional*, consiste en que todo orden jurídico debe ser leído y analizado bajo la lente de la Constitución, de manera a implementar los valores en ella consagrados. Conforme señalado anteriormente, la constitucionalización del derecho infraconstitucional, no tiene como su característica principal la inclusión en la Ley Mayor de normas propias de otros dominios, sino la reinterpretación de sus institutos bajo una nueva óptica constitucional<sup>60</sup>.

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

a) *Directamente*, cuando una pretensión se basa en una norma del propio texto constitucional. Por ejemplo: la solicitud de una inmunidad tributaria (CF,

---

véanse, entre otros: Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; e Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

<sup>59</sup> El nuevo Código Civil, cuya vigencia tuvo inicio el año de 2003, fue severamente criticado por sectores importantes de la doctrina civilista. Gustavo Tepedino se refirió a él como “retrógrado y demagógico”, añadiendo: “De parte del presidente se espera el veto; del Poder Judicial, que atenúe el desastre” (*Revista trimestral de direito civil* 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin y Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraran inconstitucional el proyecto del Código Civil, en dictamen publicado con el título de “Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição”, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por no traducir la supremacía de la dignidad de la persona humana frente a los aspectos patrimoniales y por violar el principio de la prohibición del retroceso. En sentido opuesto, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), visitado em 4 ago. 2005.

<sup>60</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “La principal manifestación de preeminencia normativa de la Constitución consiste en que todo orden jurídico debe interpretarse bajo la luz de ella y sometida a su filtraje”. V. también, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999

art. 150, VI) o el pedido de nulidad de una prueba obtenida a través de un medio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) *Indirectamente*, cuando una pretensión se funda en una norma infraconstitucional, por dos razones:

(i) antes de aplicar la norma, el intérprete deberá verificar si ella es compatible con la Constitución, porque, en el caso de no ser, no deberá hacerla incidir en el caso. Ésta operación estará siempre presente en el razonamiento del operador jurídico, aunque no sea por él explicitada;

(ii) al aplicar la norma, el intérprete deberá orientar su sentido y alcance a la realización de los fines constitucionales.

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

### 3. La constitucionalización del Derecho y sus mecanismos de actuación práctica

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

a) el reconocimiento de la revocación de las normas infraconstitucionales anteriores a la constitución (o a la enmienda constitucional), cuando con ella incompatibles;

b) la declaración de inconstitucionalidad de las normas posteriores a la constitución, cuando con ella incompatibles;

c) la declaración de inconstitucionalidad por omisión, con la consecuente convocación a la actuación del legislador<sup>61</sup>;

d) la interpretación conforme a la constitución, que podrá significar:

(i) la lectura de la norma infraconstitucional de la forma que mejor realice el sentido y el alcance de los valores y fines constitucionales a ella subyacentes;

(ii) la declaración de inconstitucionalidad parcial sin reducción de texto, que consiste en la exclusión de una determinada interpretación posible de la norma – generalmente la más obvia – y la afirmación de una interpretación alternativa, compatible con la Constitución<sup>62</sup>.

Debemos, todavía, profundizar un poco más el argumento, especialmente con relación a la interpretación conforme a la Constitución. El control de constitucionalidad es una modalidad de interpretación y aplicación de la Constitución. Más allá de otras especulaciones, hay consenso de que es papel del Poder Judicial pronunciar la invalidez de enunciados normativos incompatibles con el texto constitucional, negándoles eficacia. Si así no fuera, en la línea del conocimiento convencional, él no podría innovar en el orden jurídico, creando un dispositivo hasta entonces inexistente. En otros términos: el Poder Judicial estaría autorizado a producir la invalidación de un acto del Poder Legislativo, pero no podrá reemplazarlo por un acto suyo<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Eso cuando el Supremo Tribunal Federal no prefiera producir una decisión integrativa, como, por ejemplo, la sentencia adictiva del derecho italiano. Esta actuación involucra siempre la controvertida cuestión de la actuación en la cualidad de legislador positivo (v. *infra*).

<sup>62</sup> Con respecto a la segunda posibilidad, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189

<sup>63</sup> En ese sentido, v. STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Al declarar la inconstitucionalidad de una ley en tesis, el STF – en su función de Corte Constitucional – actúa como

Ahora bien, las modernas técnicas de interpretación constitucional –como es el caso de la interpretación conforme a la Constitución– continúan vinculadas a ese presupuesto, al cual agregan un elemento inexorable. La interpretación jurídica difícilmente es unívoca, ya porque un mismo enunciado, al afectar diferentes circunstancias de hecho, puede producir normas diversas<sup>64</sup>, ya porque, aun teóricamente, un enunciado puede admitir varias interpretaciones, en razón de los múltiples significados que poseen sus términos. La interpretación conforme a la Constitución, por lo tanto, puede involucrar (i) una simple determinación del sentido de la norma, (ii) su no incidencia a una determinada situación de hecho o (iii) la exclusión, en virtud de configurarse como inconstitucional, de una de las normas posibles de ser extraídas del texto. En cualquier de dichos casos, no hay declaración de inconstitucionalidad del enunciado normativo, permaneciendo la norma en el ordenamiento. A través de ese mecanismo se reconcilian el principio de la supremacía de la Constitución y el principio de la presunción de constitucionalidad. Naturalmente, el límite de la interpretación está en las posibilidades semánticas del texto normativo<sup>65</sup>.

legislador negativo, pero no tiene el poder de actuar como legislador positivo, en orden a crear una norma diversa de la instituida por el Poder Legislativo”. Se soslaya, en esta instancia, la discusión minuciosa del tema, que abriga innumerables complejidades, incluso y notadamente en razón del reconocimiento de que jueces y tribunales, en múltiples situaciones, desempeñan una actividad de coparticipación en la creación de la norma.

<sup>64</sup> La doctrina más moderna ha establecido una distinción entre enunciado normativo y norma, basándose en la premisa de que no hay interpretación del texto en abstracto. Enunciado normativo es el texto, el relato contenido en el dispositivo constitucional o legal. Norma, a su vez, es el producto de la aplicación del enunciado a una determinada situación, es decir, la concretización del enunciado. Desde un mismo enunciado es posible extraerse diversas normas: Por ejemplo: del enunciado del art. 5º, LXIII de la Constitución –el preso tiene el derecho de permanecer callado– se extraen normas diversas, incluso las que aseguran el derecho a no auto-incriminación del sospechoso en general (STF, DJU 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) y, incluso, es deponente en la CPI (STF, DJU 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre el tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

<sup>65</sup> En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. “Al juez no le es permitido mediante “interpretación conforme a la Constitución” generar un significado diferente a una ley cuyo contenido y sentido resultan evidentes” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); en la del Supremo Tribunal Federal brasileño: “si la única interpretación posible para adecuar la norma a la Constitución contraría el sentido unívoco que el Poder Legislativo pretendió darle, no se puede aplicar el principio de la interpretación conforme a la Constitución, que implicaría, en realidad, la creación de la norma

## IV. Algunos aspectos de la constitucionalización del Derecho

### 1. Derecho Civil<sup>66</sup>

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

#### 1ª. fase: *Mundos apartados*

Al inicio del constitucionalismo moderno, en Europa, la Constitución era vista como una *Carta Política*, que servía como referencia para reglamentar las relaciones entre Estado y ciudadano, y, por otro lado, el Código Civil era el documento jurídico que reglamentaba las relaciones entre particulares, habitualmente mencionado como la “Constitución del derecho privado”. En esa etapa histórica, el papel de la constitución era limitado, funcionando como una mera

---

jurídica, que es privativa del legislador positivo” (STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

<sup>66</sup> Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Heloisa Helena Barboza, Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *Revista da Faculdade de Direito*, UERJ, 1998-99; Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato: Novos paradigmas*, 2002; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, Constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

convocación a la actuación de los Poderes Públicos, y su concretización dependía, como regla general, de la intermediación del legislador. Sin fuerza normativa propia, no tenía aplicabilidad directa e inmediata. El Código napoleónico, a su vez, realizaba adecuadamente el ideal burgués de protección de la propiedad y de la libertad de contratar, generando seguridad jurídica a los protagonistas del nuevo régimen liberal: el contratante y el propietario. Ese modelo inicial de comunicación rota fue siendo paulatinamente superado.

### 2ª. fase: *Publicización del derecho privado*

El código napoleónico y los respectivos modelos que él inspiró – incluso el brasileño – tenía sus sustentáculos en la libertad individual, en la igualdad formal entre las personas y en la garantía absoluta del derecho a la propiedad. A lo largo del siglo XX, con el advenimiento del estado social y la percepción crítica de la desigualdad material entre los individuos, el derecho civil empieza a superar el demasiado individualismo, ya no siendo el reino soberano de la autonomía de la voluntad. En nombre de la solidaridad social y de la función de las instituciones como la propiedad y el contrato, el Estado empieza a interferir en las relaciones entre particulares, a través de la creación de las normas de orden público. Dichas normas se destinan, sobre todo, a la protección del lado más débil de la relación jurídica, como el consumidor, el locatario, el empleado. Es la fase del *dirigismo contractual*, que consolida la publicización del derecho privado<sup>67</sup>.

### 3ª. fase: *Constitucionalización del derecho civil*

“Ayer los códigos; hoy las constituciones. La revancha de Grecia contra Roma”<sup>68</sup>. La fase actual es marcada por el paso de la Constitución para el

---

<sup>67</sup> Sobre el tema, v. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, 2004, p. 18.

<sup>68</sup> La primera parte de la frase (“ayer los Códigos, hoy las Constituciones”) fue pronunciada por Paulo Benavides, al recibir la medalla Teixeira de Freitas, en el Instituto de los Abogados Brasileños, en el año 1998. El complemento fue hecho por Eros Roberto Grau en discurso publicado en apartado por el IAB: “Ayer los códigos; hoy las Constituciones. La revancha de Grecia sobre Roma, tal como ocurrió, en otro plano, en la evolución del derecho de la propiedad, antes justificado por su origen,

centro del sistema jurídico, desde donde pasa a actuar como filtro axiológico mediante el cual debe leerse el derecho civil. Hay reglas específicas en la Constitución que imponen el fin de la supremacía del marido en el matrimonio, la plena igualdad entre los hijos, la función social de la propiedad. Y los principios que se difunden por todo el ordenamiento, como la igualdad, la solidaridad social, la razonabilidad. No es el caso de delinear las múltiples situaciones de impacto de los valores constitucionales sobre el derecho civil, específicamente, y sobre el derecho privado, en general<sup>69</sup>. Pero hay dos desarrollos que merecen destaque, por la dimensión de las transformaciones que generaron.

El primero de ellos es el principio de la *dignidad de la persona humana* en la nueva dogmática jurídica. Con el fin de 2<sup>a</sup>. Guerra Mundial, se verifica el inicio de la reconstrucción de los derechos humanos<sup>70</sup>, que se irradian a partir de la dignidad de la persona humana<sup>71</sup>, referencia que empezó a constar de los documentos internacionales y en las constituciones democráticas<sup>72</sup>, habiendo figurado en la Carta brasileña de 1988 como uno de los fundamentos de la República (art. 1º, III). La ahora legitimado por sus fines: la propiedad que no cumple su función social no merece cualquier protección jurídica”

<sup>69</sup> Para este fin, v. Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2000, obra colectiva en la cual se discute la constitucionalización del derecho civil en ámbitos diversos, incluyendo el derecho de las obligaciones, las relaciones de consumo, el derecho a la propiedad y del derecho de familia. Sobre el tema específico de la buena fe objetiva, véanse Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998

<sup>70</sup> Este es el título celebrado del célebre trabajo de Celso Lafer *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre el tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991

<sup>71</sup> El contenido jurídico de la dignidad humana se relaciona con la realización de los derechos fundamentales o humanos, en sus tres dimensiones: individuales, políticos y sociales. Sobre el tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2004; José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Revista Interesse Público* 4:2, 1999. Véanse dos expertos representativos del entendimiento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: “[E]l principio de la dignidad de la persona humana está en la base de todos los derechos constitucionalmente consagrados, sea de los derechos y libertades tradicionales, sea de los derechos, sea de los derechos a la participación política, sea de los derechos de los trabajadores o de los derechos a prestaciones sociales”; y Daniel Sarmiento *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59-60 : “El principio de la dignidad de la persona humana representa el epicentro axiológico del orden constitucional, irradiando sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico y balizando no solamente los actos estatales, sino todo el complejo de relaciones privadas que se desarrollan en el seno de la sociedad civil y del mercado”.

dignidad humana impone límites a la actuación positiva del Estado de suplir las necesidades vitales básicas<sup>73</sup>, expresándose a través de diferentes dimensiones<sup>74</sup>. En el tema objeto de este trabajo, el principio promovió una despatrimonialización<sup>75</sup> del derecho civil y su repersonalización<sup>76</sup>, con énfasis en los valores existenciales y del espíritu, como también en el desarrollo de los derechos de la personalidad, tanto en su dimensión física como psíquica.

El segundo desarrollo doctrinario que merece nota especial es la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las relaciones privadas<sup>77</sup>. El debate remite al caso *Luth* (v. *supra*), que superó la rigidez de la dualidad público-privado al

---

<sup>72</sup> Como, e.g., en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, en la Constitución Italiana de 1947, en la Constitución alemana de 1949, en la Constitución portuguesa de 1976 y en la Constitución española de 1978

<sup>73</sup> Sobre el tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: “El contenido básico, el núcleo esencial del principio de la dignidad de la persona humana, es compuesto por el mínimo existencial, que consiste en un conjunto de prestaciones materiales mínimas sin las cuales no se podrá afirmar que el individuo se encuentra en una situación de dignidad (...) una propuesta de concretización del mínimo existencial, tomando en consideración el orden constitucional brasileño, deberá incluir los derechos a la educación fundamental, a la salud básica, al auxilio en caso de necesidad y al acceso a la justicia”.

<sup>74</sup> En denso estudio, Maria Celina Bodin de Moraes, *Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *decompone el contenido jurídico de la dignidad humana en cuatro principios: igualdad, integridad física y moral (psicofísica), libertad y solidaridad*.

<sup>75</sup> El término fue recogido en Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente el primero a utilizarlo fue Carmine Donisi, *Verso la ‘depatrimonializzazione’ del diritto privato*. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (de acuerdo con investigación realizada en Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

<sup>76</sup> Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, *Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000: “(A) aferición de la constitucionalidad de un diploma legal, ante la *repersonalización* impuesta a partir de 1988, debe tomar en consideración la primacía de la protección de la dignidad humana en relación a las relaciones jurídicas patrimoniales”. En relación a repersonalización del derecho civil, v. también Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

<sup>77</sup> Sobre este tema, dos tesis de doctorado desarrolladas en el ámbito del Programa de Postgrado en Derecho Público de la UERJ, ambas aprobadas con distinción y alabanza y publicadas bajo edición comercial: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Además, trabajos de excelente calidad han sido producidos sobre esa materia, entre los cuales Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Rodrigo Kaufmann, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mecanografiado, tesis de libre-docencia presentada en la Universidad de São Paulo — USP; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004.

admitir la aplicación de la Constitución a las relaciones particulares, inicialmente regidas por el Código Civil. El tema involucra complejidades y no será profundizado por nosotros en este trabajo. Las múltiples situaciones susceptibles de existencia en el mundo real no comportan solución unívoca<sup>78</sup>. Sin embargo, con excepción de la doctrina de la jurisprudencia estadounidense (y, aún así, con atenuaciones), existe razonable consenso de que las normas constitucionales se aplican, en determinada medida, a las relaciones particulares. La divergencia en esa materia se encuentra, precisamente, en la determinación de la manera y de la intensidad de esa incidencia. Doctrina y jurisprudencia se dividen en dos corrientes principales:

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

El punto de vista de la aplicabilidad directa e inmediata se revela más adecuado a la realidad brasileña y ha prevalecido en la doctrina. En la ponderación que deberá ser emprendida, como en la ponderación en general, deberán ser tomados en consideración los elementos del caso concreto. Para la realización de esa específica ponderación entre la autonomía de la voluntad *versus* otro derecho fundamental en cuestión, merecen destaque los siguientes factores: a) la igualdad o desigualdad material entre las partes (*e.g.*, si una multinacional renuncia

---

<sup>78</sup> Véanse, por ejemplo, algunas de ellas: a) puede un equipo de fútbol prohibir el acceso a su cancha de periodistas de un determinado vehículo de comunicación que haya hecho críticas a su equipo (libertad de trabajo y de prensa)?; b) puede una escuela judaica impedir el ingreso de estudiantes no judíos (discriminación en razón de religión)?; puede el empleador prever en el contrato de trabajo la dispensa por causa justa en caso de embarazo (protección de la mujer y de la procreación)?; e) puede un periodista ser dispensado por haber emitido una opinión contraria a la del dueño del periódico (libertad de opinión)?

contractualmente a un derecho, dicha situación es distinta de aquella en la que un humilde trabajador hace lo mismo); b) la manifiesta injusticia o la falta de razonabilidad de un criterio (e.g., la escuela que no admite como sus alumnos los hijos de padres divorciados); c) preferencia por los valores existenciales frente a los patrimoniales; d) riesgo para la dignidad de la persona humana (e.g., nadie puede sujetarse a sanciones corporales)<sup>79</sup>.

El proceso de constitucionalización del derecho civil, en Brasil, avanzó de manera progresiva, siendo ampliamente absorbido por la jurisprudencia y por la doctrina, incluso la doctrina civilista. Por cierto, la propia doctrina civilista, en gran medida, realizó esa aproximación inevitable<sup>80</sup>. Todavía se levantan, aquí y allá, objeciones de diversas naturalezas. Pero el hecho es que las resistencias, basadas en una visión más tradicional del derecho civil, cayeron en su mayor parte. Ya no hay quién rehúse, de manera abierta, el impacto de la Constitución sobre el derecho privado<sup>81</sup>. La interacción con el derecho constitucional potencia y eleva las dos ramas del derecho, hecho que no genera ninguna pérdida para la secular tradición de la doctrina civilista.

## 2. Derecho Administrativo<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Para una visión profundizada del tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

<sup>80</sup> En el caso de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, esta es una de las principales líneas del Programa de Postgrado en Derecho Civil, en que fueron pioneros los doctores Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. En la Universidad Federal de Paraná, se destacan los trabajos del Profesor Luiz Edson Fachin. En la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, los de la Profesora Judith Martins Costa. En la PUC de São Paulo, los del Profesor Renan Lotufo. En la Universidad Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

<sup>81</sup> Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004: "Al contrario del escenario de los años 80, no hay hoy en día civilista que niegue abiertamente la eficacia normativa de la Constitución y su provecho para, al menos de manera indirecta, auxiliar en la interpretación constructiva de la norma infraconstitucional". En seguida, en preciosa síntesis, el autor identifica las cuatro objeciones más frecuentes a la aplicación de la Constitución a las relaciones del derecho civil: a) no cabe al constituyente, sino al legislador, que constituye una instancia más próxima de la realidad de los negocios, la regulación de la autonomía privada; b) la baja densidad normativa de los principios constitucionales generaría excesiva discrecionalidad a los magistrados; c) la estabilidad milenaria del derecho civil quedaría afectada por la inestabilidad del juego político-constitucional; d) el control axiológico de las relaciones de derecho civil, mas allá de los límites claros del lícito y del ilícito, podría significar gran ingerencia en la vida privada.

<sup>82</sup> Sobre las transformaciones del derecho administrativo en la actualidad, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*,

El derecho constitucional y el derecho administrativo tienen orígenes y objetivos comunes: el advenimiento del liberalismo y la necesidad de limitación del poder del Estado. Sin embargo, hicieron caminos distintos, bajo la influencia del paradigma francés. De hecho, el derecho constitucional estuvo durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX asociado a categorías políticas, es decir, sin fuerza normativa o aplicabilidad directa y inmediata (v. *supra*). El derecho administrativo, a su vez, se desarrolló como una rama del conocimiento jurídico imbuida de autonomía y permaneció vinculado a la disciplina de la Administración Pública. La existencia de una jurisdicción administrativa sin relación directa con la actuación judicial y el prestigio del Consejo del Estado francés generaron al derecho administrativo una posición de destaque en el ámbito del derecho público<sup>83</sup>, involucrándolo con la continuidad y con la estabilidad de las instituciones<sup>84</sup>.

---

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

<sup>83</sup> Sobre el tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

<sup>84</sup> A propósito, v. el célebre artículo de Georges Vedel, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, La constitutionnalisation du droit. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

Solamente después de la 2ª. Guerra Mundial, bajo el movimiento de constitucionalización, dicha situación iba a cambiar.

No se pretende rehacer el historial de la relación establecida entre derecho constitucional y derecho administrativo, que suelen hacer los administrativistas en general<sup>85</sup>, pues desviaría el foco del análisis que se busca emprender. En el contexto presente, tres conjuntos de circunstancias deben ser tomados en consideración en el ámbito de la constitucionalización del derecho administrativo: a) la existencia de una amplia cantidad de normas constitucionales vinculadas a la disciplina de la Administración Pública; b) la secuencia de transformaciones sufridas por el Estado brasileño en los últimos años; c) la influencia de los principios constitucionales sobre las categorías del derecho administrativo. Dichas circunstancias se añaden para la configuración del modelo actual, en el cual diversos paradigmas están siendo superados o analizados bajo una nueva perspectiva.

La presencia de dispositivos sobre la Administración Pública en las Constituciones modernas tiene su inicio con las Cartas italiana y alemana, en precedentes que posteriormente fueron ampliados por los Textos de Portugal y España. La Constitución brasileña de 1988 posee varios dispositivos sobre la Administración Pública (v. *supra*), incluso con una censurable presencia de detalles y conteniendo un verdadero estatuto con relación a los servidores públicos. Por otro lado, contiene asimismo algunas virtudes, como la disociación de la función administrativa y de la actividad del gobierno<sup>86</sup> y la enunciación expresa de principios sectoriales de derecho administrativo, que, en su redacción original, eran los de la legalidad, de la impersonalidad, de la moralidad y de la publicidad. La Enmienda Constitucional n.º 19, de 4.06.98, añadió a éste conjunto el principio de la eficiencia.

---

<sup>85</sup> V. por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para una visión extremadamente crítica del origen y evolución del derecho administrativo, v. Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

<sup>86</sup> V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

A propósito, la tensión entre la eficiencia<sup>87</sup>, por un lado, y la legitimidad democrática, por otro, es una de las marcas de la Administración Pública en la actualidad<sup>88</sup>.

Exceptuándose esto, debe señalarse que el perfil constitucional del Estado brasileño, en los dominios administrativos y económicos, fue modificado por un conjunto amplio de reformas económicas, llevadas a efecto por enmiendas y por la legislación infraconstitucional, y que pueden ser agrupadas en tres categorías: la extinción de determinadas restricciones al capital extranjero, la flexibilización de los monopolios estatales y la desestatización. Tales transformaciones modificaron las bases sobre las cuales se daba la actuación del Poder Público, tanto en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos como a la exploración de las actividades económicas. La reducción expresiva de la actuación emprendedora del Estado transfirió su responsabilidad principal para el ámbito de la regulación y fiscalización de los servicios delegados a la iniciativa privada y de las actividades económicas que exigen régimen especial. En ese contexto, fueron creadas las agencias reguladoras, vía institucional por la cual se consolidó la mutación del papel del Estado en relación al orden económico<sup>89</sup>.

Por fin, más decisivo que todo para la constitucionalización del derecho administrativo fue la incidencia en su dominio de los principios constitucionales –no solamente los específicos, pero, sobre todo, los de carácter general, que se irradian por todo el sistema jurídico. También aquí, a partir de la centralidad de la dignidad humana y de la preservación de los derechos fundamentales, se alteró la calidad de las relaciones establecidas entre la

---

<sup>87</sup> La ley n.º 9.784, de 29.01.99, que reglamenta el proceso administrativo en la esfera federal, enuncia como principios de la administración pública, entre otros, los de la legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa, contradictorio, seguridad jurídica, interés público y eficiencia

<sup>88</sup> V. Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 303-4.

<sup>89</sup> Las agencias reguladoras, como categoría abstracta, no recibieron disciplina constitucional. El texto de la Constitución, sin embargo, hace mención a dos de ellas: la de telecomunicaciones (art. 21, XI) y la de petróleo (art. 177, § 2º, III).

Administración y el administrado, con la superación o reformulación de los paradigmas tradicionales<sup>90</sup>. Dentro de ellos es posible destacar:

*a) la redefinición de la idea de la supremacía del interés público sobre el interés privado*

Con relación a éste tema, debe hacerse, en primer lugar, la distinción necesaria entre interés público (i) *primario* –es decir, el interés de toda la sociedad, sintetizado en valores como justicia, seguridad y bien estar social– y (ii) *secundario*, que es el interés de la persona jurídica de derecho público (Unión, los Estados y los Municipios), mezclándose con el interés de la Hacienda Pública, o sea, del erario<sup>91</sup>. Pues bien: el interés público secundario jamás disfrutará de una supremacía *a priori* y abstracta ante el interés particular. Si ambos entran en ruta de colisión, le corresponderá al intérprete proceder a la ponderación de dichos intereses, en base a los elementos normativos y fácticos relevantes para el caso concreto<sup>92</sup>.

*b) la vinculación del administrador a la Constitución y no solamente a la ley ordinaria*

En este punto se supera la idea restrictiva de vinculación positiva del administrador a la ley, en la lectura convencional del principio de la legalidad, por

---

<sup>90</sup> Sobre este tema específico, v. los proyectos de doctoramiento de Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, ambos presentados al programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, bajo mi dirección, v. tb. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005

<sup>91</sup> Esta clasificación, cuyo origen es italiano, es poco difundida en la jurisprudencia brasileña. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss

<sup>92</sup> Para una profundización de esa discusión, v. mi prefacio al libro de Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 200 . V. tb., naturalmente, el mismo libro, en el cual constan los textos de gran valía sobre el tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmiento e Alexandre Aragão. El texto de Humberto Ávila fue el pionero en la discusión de la materia. Bajo otro enfoque, merece referencia el trabajo de Fábio Medina Osório, Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?, *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

la cual su actuación estaba basada por aquello que el legislador hubiera determinado o autorizado. El administrador puede y debe actuar teniendo por fundamento directo la Constitución e, en muchos casos, independientemente de cualquier manifestación del legislador ordinario. El principio de la legalidad cambia, de esa forma, para el principio de la constitucionalidad o, quizá más propiamente, para el principio de la juridicidad, comprendiendo su subordinación a la Constitución y a la ley, en este orden.

*c) la posibilidad del control judicial del mérito del acto administrativo*

El conocimiento convencional en materia de control del acto administrativo limitaba la cognición de los jueces y tribunales de los aspectos de la legalidad del acto (competencia, forma y finalidad) y no de su mérito (motivo y objeto), ya incluso en este punto la conveniencia y la oportunidad de su práctica. Pero las cosas ya no son así. No sólo los principios constitucionales generales ya mencionados, sino también los específicos, como la moralidad, la eficiencia, y, sobre todo, la razonabilidad-proporcionalidad permiten el control de la discrecionalidad administrativa (observándose, naturalmente, la contención y la prudencia, para que no se sustituya la discrecionalidad del administrador por la del juez)<sup>93</sup>.

Un último comentario debe señalarse sobre este punto: hay autores que se refieren al cambio de algunos de los paradigmas tradicionales del derecho administrativo como caracterizadores de una *privatización del derecho público*, que empieza a estar sometido, por ejemplo, a algunas categorías del derecho de las obligaciones. Sería, en cierta medida, a la *publicización del derecho privado*. En realidad, es la aplicación de los principios constitucionales que lleva determinados institutos del derecho privado hacia el derecho público. El fenómeno en cuestión, por tanto, no es el de la publicización de uno ni el de la privatización del otro, sino el de la constitucionalización de ambos. Esto implica una dilución del rigor de la dualidad

---

<sup>93</sup> Sobre los principios constitucionales de la Administración Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; Romeu Bacellar, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Ruy Samuel Espíndola, *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas*, *Interesse Público* 21:57, 2003

derecho público-derecho privado, produciéndose áreas de confluencia y haciendo con que la distinción pase a ser más cuantitativa que cualitativa<sup>94</sup>.

### 3. Derecho Penal

La repercusión del derecho constitucional sobre la disciplina de los crímenes y de las penas es amplia, directa e inmediata, aunque no tenga sido explorada de manera vasta y sistemática por la doctrina especializada. La Constitución tuvo impacto sobre la validez y la interpretación de las normas de derecho penal, así como sobre la producción legislativa sobre la materia. En primer lugar, por la previsión de un amplio catálogo de garantías, insertados en el Art. 5º (v. *supra*). Además, el texto constitucional impone al legislador el deber de criminalizar determinadas conductas<sup>95</sup>, así como de impedir la tipificación de otras<sup>96</sup>. A esto se agrega la circunstancia de que algunas tipificaciones previamente existentes son cuestionables desde la perspectiva de los nuevos valores constitucionales y de la transformación de las costumbres<sup>97</sup>, así como pueden ser excepcionadas en algunas de sus incidencias concretas, si alcanzan un resultado constitucional indeseable<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> No es posible profundizar en el tema, que es rico e intrincado, sin un desvío de ruta que sería largo y sin cabida bajo las circunstancias de este trabajo. Véanse, sobre la cuestión: Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: “De esa forma, la inevitable alteración de los límites entre el derecho público y el derecho privado, de tal modo que la distinción deja de ser cualitativa y pasa a ser cuantitativa, no siempre pudiendo definirse cuál exactamente es el territorio del derecho público y cuál es el territorio del derecho privado. En otras palabras, pueden probablemente determinarse los ámbitos del derecho público o del derecho privado por la primacía del interés público o privado, no ya por la inexistencia de la intervención pública en las actividades del derecho privado o por la exclusión de la participación del ciudadano en las esferas de la administración pública. La alteración posee enorme significado hermenéutico, y es preciso que sea absorbida por los operadores”.

<sup>95</sup> Como, por ejemplo, en los casos de racismo, tortura, acción de grupos armados contra el orden constitucional, crímenes ambientales o violencia contra el niño, entre otras referencia expresas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4

<sup>96</sup> Como, por ejemplo: “Art. 53. Los Diputados y Senadores son inviolables, civil y penalmente, por cualesquiera de sus opiniones, palabras y votos”; Art 5º XVI – todos pueden reunirse pacíficamente, sin armas, en locales abiertos o públicos, independiente de autorización (...); XVII – es plena la libertad de asociación para fines lícitos, siendo prohibida la de carácter paramilitar”.

<sup>97</sup> Es el caso de los tipos previstos en el Código Penal (CP), como la seducción (art. 217), adulterio (art. 240) o de escrito obsceno, así descrito “Art. 234. Hacer, importar, exportar, adquirir o tener bajo su guarda para fin de comercio, distribución o de exposición pública, escrito, dibujo, pintura, estampa o cualquier objeto obsceno: Pena – detención, de 6 (seis) meses a 2 (dos) años o multa”.

La constitucionalización del derecho penal genera un conjunto estimulante y controvertido de ideas, que deben someterse al debate doctrinario y a la consideración de la jurisprudencia. Gran parte del pensamiento jurídico no cree en las potencialidades de las penas privativas de la libertad, que solamente deberían ser utilizadas en hipótesis extremas, cuando no existan medios alternativos eficaces para la protección de los intereses constitucionalmente relevantes<sup>99</sup>. Los bienes jurídicos constitucionales tienen una ordenación jerárquica, de manera que la gravedad de la punición debe ser graduada en función de esa lógica<sup>100</sup>. La disciplina jurídica vinculada con determinada infracción o con la pena aplicable no debe *ir más allá*, pero tampoco no *llegar, hasta lo necesario* para la protección de los valores constitucionales en cuestión. En el primer caso, habrá inconstitucionalidad por falta de

---

<sup>98</sup> Dos decisiones del Supremo Tribunal Federal ejemplifican el argumento. En la primera, se concedió *habeas-corpus* en favor de un joven acusado de violación, por haber mantenido relaciones sexuales con una chica de doce años. Por mayoría, la Corte decidió que la presunción de violencia art. 224 del CP es relativa y que el crimen no se configuraba, en base a los elementos recogidos en el caso concreto – consentimiento de la víctima y su apariencia de tener más de 14 años – que tornarían extremadamente injusta la aplicación literal del dispositivo del Código Penal (STF, DJU 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). En otro caso, la Corte suspendió la acción penal promovida contra una ex-alcaldesa municipal, por la contratación de buena fe, pero sin concurso público, de un único barrendero. El fundamento utilizado fue *la insignificancia jurídica del acto apuntado como delictuoso, generando falta de causa justa para la acción penal* (STF, DJU 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre el tema de la interpretación consonante a la equidad, de modo a evitar la incidencia inicua de la regla, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

<sup>99</sup> El presente párrafo se beneficia de la discusión de las ideas traídas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações* mecanografiado, 2005, trabajo final presentado dentro de la asignatura *Interpretación constitucional* del Programa de Postgrado en Derecho Público de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro – UERJ. Señaló la autora: “Al mismo tiempo en que lo funda y lo autoriza, La Constitución reduce y limita el derecho penal, en la medida en que solamente autoriza la criminalización de conductas que afecten de manera sensible un bien jurídico esencial para la vida en comunidad. Éste es el papel del derecho penal: actuar como última *ratio*, cuando sea absolutamente necesario y no haya otros mecanismos de control social aptos para impedir o punir aquellas lesiones”.

<sup>100</sup> Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “En el ámbito del Derecho Penal, ante los objetivos del estado Democrático de Derecho establecidos expresamente en la misma Constitución (erradicación de la pobreza, reducción de las desigualdades sociales y regionales, derecho a la salud, protección al medio ambiente, protección integral al niño y al adolescente, entre otros), los delitos que deben ser penalizados con (mayor) rigor son exactamente aquellos que, de una manera u otra, obstaculizan/dificultan/impiden la concretización de los objetivos del Estado Social y Democrático. Entendemos ser posible, así, afirmar que los crímenes de defraudación de tributos, lavaje de dinero y corrupción (por citar solamente algunos) merecen por parte del legislador un tratamiento más severo que los crímenes implicados con las relaciones meramente individuales (desde que cometidos sin violencia o grave amenaza)”.

razonabilidad o proporcionalidad<sup>101</sup>, en el segundo, por omisión en la forma de actuar prescripta por la Constitución<sup>102</sup>.

Una hipótesis específica de constitucionalización del derecho penal suscitó candente debate en la sociedad y en el Supremo Tribunal Federal. La legitimidad o no de la interrupción del embarazo en las hipótesis de feto anencefálico. En la acción ajuiciada se pidió la interpretación conforme la Constitución de los dispositivos del Código Penal que tipificaban el crimen de aborto, para declarar su no incidencia en aquella situación de inviabilidad fetal. La gran cuestión teórica en discusión era saber si, al declarar o no la incidencia del Código penal a una determinada situación, debido a tal hecho generar un resultado inconstitucional, estaría el STF interpretando la Constitución –que es su papel– o generando una nueva hipótesis de no punición del aborto, invadiendo la competencia del legislador<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Es el caso de la disciplina legal generada por la ley 9.677/98 (Ley de los remedios) a la adulteración de los cosméticos. El delito es equiparado a la adulteración de medicamentos que, a su vez, prevé penas mínimas superiores a la del crimen de homicidio, para la falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre el tema, v. Miguel Reale Júnior, A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Otro ejemplo es el de la Ley nº 9437/97, que en su art. 10 prevé la punición con penas asemejadas al porte de arma de fuego y de arma de juguete. Sobre la proporcionalidad en el ámbito del derecho penal, v. Ingo Sarlet, Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, *Revista de Estudos Criminais* 12:86, 2003.

<sup>102</sup> Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mecanografiado, 2005, p. 15, considera de “dudosa constitucionalidad” la previsión legal de extinción de la penalización de crímenes contra el orden tributario, en razón del pago del tributo antes y, incluso, después del recibimiento de la denuncia. La materia es disciplinada por el art. 34 de la ley n.º 9.249/95 y por el artículo 9º de la Ley nº 10.684/2003.

<sup>103</sup> STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, el STF decidió conocer la acción y apreciarle el mérito. Algunos de los argumentos presentador por la autora da acción, la Confederación Nacional de las Trabajadoras de la Salud fueron los siguientes: (i) atipicidad del hecho: por el derecho positivo brasileño, la vida se extingue; el feto anencefálico no llega siquiera a tener vida cerebral (principio de legalidad); (ii) exclusión de la potencial punición: el Código Penal determina la no punición en casos de riesgo de muerte para la madre y en caso de violación; en dichas situaciones, por involucrar feto con potencialidad de vida, son más drásticas que las de la anencefalia, que solamente no fue prevista expresamente debido a la inexistencia de recursos tecnológicos para el diagnóstico, cuando de la elaboración del Código Penal, en el año 1940 (interpretación evolutiva); (III) violación del principio de la dignidad de la persona humana, tanto en la versión de integridad física como psíquica, por la imposición de sufrimiento intenso e inútil a la mujer, obligándola a llevar al fin un embarazo inviable.

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

## **V. Constitucionalización y judicialización de las relaciones sociales**

La constitucionalización, en la línea de argumento aquí desarrollada, expresa la irradiación de los valores constitucionales por el sistema jurídico. Esa difusión de la Ley Mayor por el ordenamiento ocurre por la vía de la jurisdicción constitucional, que contiene la aplicación directa de la Constitución a determinadas cuestiones; la declaración de inconstitucionalidad de las normas con ella incompatibles; la interpretación conforme la Constitución, para atribución de sentido a las normas jurídicas en general. En el caso brasileño, debe enfatizarse, la jurisdicción constitucional es ejercida ampliamente: desde el juez estadual al Supremo Tribunal, todos interpretan la Constitución, con la posibilidad, incluso, de rehusar la aplicación de la ley o de otro acto normativo que consideren inconstitucional<sup>104</sup>.

Junto a ése ejercicio amplio de jurisdicción constitucional, hay otro fenómeno que debe destacarse. Bajo la Constitución de 1988, aumentó de manera significativa la demanda por justicia en la sociedad brasileña. En primer lugar, por la descubierta de la ciudadanía y por la toma de conciencia por parte de las personas acerca de los propios derechos. En seguida, por la circunstancia de haber el texto constitucional creado nuevos derechos, introducido nuevas acciones y ampliado la legitimación activa para la tutela de los intereses, mediante representación o

---

<sup>104</sup> La Constitución de 1988 mantuvo el sistema ecléctico, híbrido o mixto, combinando el control por vía incidental y difuso (sistema estadounidense), que existía desde el inicio de la República, con el control por vía principal y concentrado, implementado con la EC n° 16/95 (sistema continental europeo). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

sustitución procesal. En ese ambiente, jueces y tribunales pasaron a desempeñar un papel simbólico importante en el imaginario colectivo. Este hecho conduce a un último desarrollo de naturaleza política, que es analizado en el párrafo siguiente.

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

Pues bien: en razón de ése conjunto de factores – constitucionalización, aumento de las demandas por justicia y ascenso institucional del Poder Judicial– se verificó en Brasil una expresiva judicialización de cuestiones políticas y sociales, que pasaron a tener en los tribunales su instancia decisoria final<sup>105</sup>. Fíjese abajo, de manera ilustrativa, algunos de los temas y casos que fueron objeto de pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal o de otros tribunales, en el periodo reciente:

(i) Políticas públicas: la constitucionalidad de los aspectos centrales de la reforma del sistema de jubilaciones y pensiones (contribución efectiva de los inactivos) y de la reforma del Poder Judicial (creación del Consejo Nacional de Justicia);

---

<sup>105</sup> El tema es todavía poco explorado por la doctrina V., con todo, el trabajo-investigación elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para un análisis crítico de esos dos trabajos. V. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: Duas análises, *Lua Nova* 57:113, 2002.

(ii) Relaciones entre los Poderes: determinación de los límites legítimos de actuación de las Comisiones Parlamentares de Investigación (como la quiebra de sigilo y la orden de prisión) y del papel del Ministerio Público en la investigación criminal;

(iii) Derechos fundamentales: legitimidad de la interrupción del embarazo en determinadas hipótesis de inviabilidad fetal;

(iv) Cuestiones conectadas al cotidiano de las personas: legalidad del cobro por los planes telefónicos, el incremento del valor de los boletos del transporte colectivo o la fijación del reajuste de la mensualidad de los planes de salud.

Los métodos de actuación y de argumentación de los órganos judiciales son, como ya es sabido, jurídico, pero la naturaleza de su función es innegablemente política, aspecto que es enfatizado por la ejemplificación descripta arriba. Sin embargo, aunque el Poder Judicial también desempeñe un poder político, tiene asimismo características diversas con relación a los demás Poderes. Es decir, sus miembros no son elegidos bajo un criterio electoral, tampoco por procesos mayoritarios. Y es bueno que sea así. La mayor parte de los países del mundo reserva una parcela del poder para que sea desempeñado por agentes públicos seleccionados, basándose en el mérito y en el conocimiento específico. Preservado, de manera ideal, de las pasiones políticas, el juez tiene la responsabilidad de decidir con imparcialidad, basándose en la Constitución y en las leyes. Pero el poder de los jueces y de los tribunales, como todo poder establecido en un Estado democrático, es representativo. Significa decir: es ejercido en nombre del pueblo y debe rendir cuentas directamente a la sociedad.

En este punto específico hay una cuestión que solamente en épocas más recientes empieza a despertar el interés de la doctrina en Brasil, que es el tema de la legitimidad democrática de la función judicial, sus posibilidades y límites. Respecto al control de constitucionalidad de las normas, ya existe alguna literatura producida recientemente<sup>106</sup>. En cuanto al control de constitucionalidad de las políticas

---

<sup>106</sup> En el derecho comparado, en el cual el tema es debatido desde fechase mucho, v., véanse, como ejemplos, Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (la publicación original sucedió entre

públicas, la temática sólo ahora empieza a ser estudiada<sup>107</sup>. Es importante invertir las últimas energías en esa materia.

En sentido amplio, la jurisdicción constitucional involucra la interpretación y aplicación de la Constitución, siendo como una de sus principales expresiones el control de constitucionalidad de los actos normativos. En Brasil, esa posibilidad existe desde la primera Constitución republicana (control incidental o difuso), habiendo sido ampliada después de la enmienda constitucional n.º 16/65 (control principal o concentrado). La existencia de fundamento normativo expreso, añadido a otras circunstancias, aplazó el debate en el país sobre la legitimidad del desempeño de la corte constitucional en un rol generalmente denominado como *contra-mayoritario*<sup>108</sup>: órganos y agentes públicos no elegidos por el pueblo tienen el poder de rechazar o conformar leyes elaboradas por los representantes escogidos a través de la voluntad popular.

A lo largo de los últimos dos siglos, se impusieron en la doctrina dos grandes líneas de justificación de ese papel de las supremas cortes/tribunales constitucionales. La primera, más tradicional, tiene raíces en la soberanía popular y en la separación de Poderes: la Constitución, expresión mayor de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre las leyes, manifestaciones originadas de mayorías

---

los años 1787 y 1788), y, en especial, *O Federalista n.º 78*; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejamos: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

<sup>107</sup> V. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005; y Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Enfoques iniciales de la cuestión pueden ser encontrados en Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

<sup>108</sup> La expresión “dificultad contramayoritaria” (*the counter-majoritarian difficulty*) fue construida por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1ª. edição é de 1962.

parlamentares. De esa manera, en el desempeño de su función de aplicación del Derecho, debe el Poder Judicial afirmar dicha supremacía, rehusando la validez de una ley que se considere inconstitucional. La segunda, que involucra la realidad más compleja de la nueva interpretación jurídica, busca legitimar el desempeño del control de constitucionalidad en otro fundamento: la preservación de las condiciones esenciales para el funcionamiento del estado democrático. Al juez constitucional corresponde asegurar determinados valores sustantivos y la observancia de los procedimientos adecuados de participación y deliberación<sup>109</sup>.

La cuestión del control de las políticas públicas involucra, de manera igual, la demarcación del límite adecuado entre la materia constitucional y la materia a ser sometida al proceso político mayoritario. Por un lado, la Constitución protege a los derechos fundamentales y determina la adopción de políticas públicas para realizarlos. Por otro, atribuye las decisiones sobre la inversión de recursos y las opciones políticas que se deben perseguir, en cada momento, por los poderes Legislativo y Ejecutivo. Para asegurar la supremacía de la Constitución, pero no la hegemonía judicial, la doctrina empieza a volver su atención para el desarrollo de parámetros objetivos de control de las políticas públicas<sup>110</sup>.

El papel del Poder Judicial, de una manera general, y del Supremo Tribunal, en particular, en relación a la interpretación y efectivación de la

---

<sup>109</sup> Sobre el tema, veáanse Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

<sup>110</sup> V, en especial, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005. En dos trechos, sintetiza la autora, de manera feliz, los dos polos de la cuestión: en un Estado Democrático no se puede pretender que la Constitución invada el espacio de la política en una versión sustancialista radical y elitista, en que las decisiones políticas son transferidas desde el pueblo y sus representantes, a los reyes filósofos de la actualidad: los juristas y los operadores del derecho, de una manera general. Sin embargo, en otra parte: "Si la Constitución contiene normas en las cuales se estableció fines prioritarios, y si tales disposiciones son normas *jurídicas* de *superioridad* jerárquica y de *centralidad* en el sistema, no habría sentido concluir que la actividad de definición de políticas públicas – que van o no a realizar esos fines – debe ser totalmente ajena al control jurídico. En suma: no se trataba de absorción del político por el jurídico, sino solamente de la limitación del primero por el segundo" (énfasis del original)

Constitución, es el combustible de un debate permanente en la teoría/filosofía<sup>111</sup> constitucional contemporánea, en todo el mundo. De la misma forma que las nubes, el tema ha recorrido trayectorias variables, en función de vientos circunstanciales, y ha adquirido las formas más diversas: activismo *versus* contención judicial; interpretativismo *versus* no-interpretativismo, constitucionalismo popular *versus* supremacía judicial. La terminología inmediatamente utilizada termina por traicionar los orígenes del debate: la discusión existente acerca de la materia en los Estados Unidos, desde los primordios del constitucionalismo en aquel país. A continuación, una palabra sobre la experiencia estadounidense.

La actuación pro-activa de la Suprema Corte, al inicio de la experiencia constitucional americana, fue una bandera del pensamiento conservador. No hay novedad en eso: allí se encontró apoyo para la política de la segregación racial<sup>112</sup> y para la invalidación de la legislación social en general<sup>113</sup>, culminando en el conflicto entre el Presidente Roosevelt y la Corte<sup>114</sup>. La situación cambió

<sup>111</sup> Los conceptos de teoría y filosofía constitucional no se confunden, pero vienen acercándose, como observó Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: "Tradicionalmente, la teoría de la constitución se destinaba a la identificación, análisis y descripción sobre qué 'es' una constitución. Hoy, con todo, enfoca también el ámbito de las indagaciones que versan sobre qué la constitución 'debe ser', i. e., incorpora dimensiones racional-normativas, las cuales se sitúan en el espacio de lo que se ha denominado "filosofía constitucional".

<sup>112</sup> En *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], juzgado en 1857, la Suprema Corte consideró inconstitucionales tanto las leyes estatales como las federales que pretendiesen conferir ciudadanía a los negros, que eran vistos como seres inferiores y no tenían la protección constitucional. En la más condenada decisión del constitucionalismo estadounidense, la Suprema Corte se alineó a la defensa de la esclavitud. Muchos años pasaron hasta que el tribunal pudiera recuperar su autoridad moral y política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

<sup>113</sup> A partir de fines del siglo XIX, la Suprema Corte se hizo intérprete del pensamiento liberal, fundado en la idea de *laissez faire*, por la cual el desarrollo es mejor fomentado con la menor interferencia posible por parte del Poder Público. La decisión que de manera más clara simbolizó ese período fue proferida en el año 1905 en el caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), en la cual, en nombre de la libertad de contrato, se consideró inconstitucional una ley de Nueva York que limitaba la jornada de trabajo de los panaderos. Bajo el mismo fundamento, la Suprema Corte invalidó innumerables otras leyes. Ese período quedó conocido como la era *Lochner*.

<sup>114</sup> Elegido el año 1932, después de la crisis de 1929, Franklin Roosevelt deflagró el *New Deal*, programa económico y social caracterizado por la intervención del Estado en el dominio económico y por la edición de amplia legislación social. En base a la doctrina desarrollada en la era *Lochner*, la Suprema Corte empezó a declarar inconstitucionales dichas leyes, generando un conflicto con el Poder Ejecutivo. Roosevelt llegó a enviar un proyecto de ley para el Congreso, ampliando la composición de la Corte – *Court-packing plan* –, que no logró ser aprobado. La Suprema Corte, sin embargo, terminó por cambiar su orientación y abdicó del examen de mérito de las normas de carácter económico y social, teniendo como marco la decisión proferida en *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379) del año 1937.

diametralmente a partir de la década de 50, cuando la suprema Corte, bajo las presidencias de Warren e Burger, empezó a producir jurisprudencia cualificada como progresista en materia de derechos fundamentales<sup>115</sup>, incluyendo negros, presos y mujeres, así como las cuestiones involucradas con la privacidad y el aborto<sup>116</sup>.

En los años siguientes, el debate central en la teoría constitucional norteamericana contrapuso, de un lado, los liberales (o progresistas), favorables al *judicial review* y a alguno grado de activismo judicial, y, de otro lado, los conservadores favorables a la contención judicial y a teorías como el originalismo y el no-interpretativismo<sup>117</sup>. Desde hace algún tiempo, en virtud del amplio dominio republicano y conservador, con reflejos en la jurisprudencia de la Suprema Corte, algunos juristas liberales empiezan a cuestionar lo que se denomina “supremacía judicial” y defendiendo un todavía impreciso constitucionalismo popular, con el acto de “sacar la Constitución de los tribunales”<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Véase el registro de ese cambio en Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”.

<sup>116</sup> Earl Warren presidió la Suprema Corte de 1953 hasta 1969; Warren Burger de 1969 hasta 1986. Algunas decisiones paradigmáticas de esos períodos fueron: *Brown vs. Board of Education* (1954), que consideró inconstitucional la política de segregación racial en las escuelas públicas, *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidó una ley estadual que incriminaba el uso de la píldora contraceptiva reconociendo un derecho implícito a la privacidad; y *Roe vs. Wade* (1973), que consideró inconstitucional ley estadual que criminalizaba el aborto, aun antes del tercer mes de embarazo. En el dominio del proceso penal, fueron proferidas las decisiones contundentes ya mencionadas (*V. supra*) en casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) y *Miranda vs. Arizona* (1966)

<sup>117</sup> La crítica de índole conservadora, estimulada por el largo período de gobiernos republicanos, vino embalada por una corriente doctrinaria denominada originalismo, defensora de la idea poco consistente de que la interpretación constitucional debería ceñirse a la intención original de los creadores de la Constitución.. Sobre el tema, v. Robert Bork, *The tempting of América*, 1990, e William Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review* 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, e Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para un análisis amplio de esa temática en lengua portuguesa, V. Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005

<sup>118</sup> Véanse algunos textos escritos en los últimos años. En favor del “popular constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, *“Here the people rule”: A popular constitutionalist manifest*, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, *Constitutional self-government*, 2001;

El debate, en su esencia, es universal y se ubica cerca de las tensiones y superposiciones entre constitucionalismo y democracia. Es importante señalar, sin embargo, que la idea de democracia no se resume al principio mayoritario, o sea, al gobierno de la mayoría. Hay otros principios que deben ser preservados y hay derechos de la minoría que deben ser respetados. Ciudadano es un concepto diferente del concepto de elector; gobierno del pueblo no es lo mismo que gobierno del electorado<sup>119</sup>. En general, el proceso político mayoritario se mueve motivado por intereses; en cambio, la lógica democrática se inspira en valores. Y, muchas veces, sólo el Poder Judicial podrá preservarlos<sup>120</sup>. El *déficit* democrático del poder Judicial, generado por la dificultad contra-mayoritaria, no es necesariamente mayor que el del Poder Legislativo, cuya composición puede estar afectada por disfunciones diversas, entre las cuales la utilización de la máquina administrativa, el abuso del poder económico, la manipulación de los medios de comunicación<sup>121</sup>.

El papel del Poder Judicial y, en especial, de las cortes constitucionales debe ser el de resguardar el proceso democrático y promover los valores constitucionales y tribunales supremos, superando el déficit de legitimidad de los demás Poderes, cuando sea el caso. Pero, por otro lado, sin descalificar su propia

---

Erwin Chemerinsky, In defense of judicial review: A reply to professor Kramer, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, Judicial supremacy and the modest Constitution, *California Law Review* 92: 1045.

<sup>119</sup> Christopher L. Eisgruber, Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31.

<sup>120</sup> La jurisdicción constitucional se legitimó, históricamente, por el inestimable servicio prestado a dos ideas centrales que se fusionaron para crear el moderno Estado democrático de derecho: Constitucionalismo (i. e., poder limitado y respeto de los derechos fundamentales) y democracia (soberanía popular y gobierno de la mayoría). El papel de la corte constitucional es asegurar que todos esos elementos convivan en armonía, siendo su función, además, la atribución delicada de detener la mayoría cuando ella pase por encima del procedimiento democrático o vulnere los derechos fundamentales. Un buen ejemplo fue la decisión del STF reconociendo el derecho público subjetivo, asegurado a las minorías legislativas, de ver instaurada Comisión Parlamentar de Investigación (CPI de los bingos). Ante la inercia de los líderes partidarios de indicar los nombres de los representantes de sus agremiaciones, la Corte concedió mandado de seguridad para que el mismo Presidente del Senado designase los nombres faltantes. V. *Inf. STF 393*, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.

<sup>121</sup> V. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: En la fórmula constitucional primordial, "todo poder reside en el pueblo". Pero la verdad es que, en la formulación de Sternberger, "no todo el poder viene del pueblo". Hay el poder económico, el poder mediático, el poder de las corporaciones sectoriales. Y, por veces, esos poderes se sobreponen al poder del pueblo".

actuación, lo que sucederá en el caso de que el Poder Judicial actúe de manera abusiva, no realizando los principios constitucionales y, en su lugar, ejerciendo preferencias políticas<sup>122</sup>. Además, en los países de tradición democrática menos enraizadas, es deber del tribunal constitucional funcionar como garante de la estabilidad institucional, mediando los conflictos entre los tres Poderes o entre éstos y la sociedad civil. Son sus dos grandes roles: resguardar los valores fundamentales y los procedimientos democráticos, así como asegurar la estabilidad institucional.

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

## CONCLUSIÓN

---

<sup>122</sup> Luís Roberto Barroso, *Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 314-5." Como ya referido, la Constitución, sin embargo, no ocupa ni puede pretender ocupar todos los espacios jurídicos dentro del Estado, so pena de asfixiar el ejercicio democrático de los pueblos en cada momento histórico. Respetadas las reglas constitucionales y dentro del espacio de sentido posible de los principios constitucionales, el poder Legislativo está libre para hacer las escojas que le parezcan mejores y más consonantes a los anhelos de la población que lo eligió.

La disputa política entre las diferentes visiones alternativas e plausibles acerca de cómo desarrollar de manera concreta un principio constitucional es propia del pluralismo democrático. La absorción institucional de los conflictos por las diversas instancias de mediación, con la consecuente superación de la fuerza bruta, da el toque de civilidad al modelo. Pero no es posible pretender derrotar la voluntad mayoritaria, en espacio en el cual ella debe prevalecer, por la vía oblicua de una interpretación jurídica sin lastro constitucional. Al actuar de esa forma, el intérprete estaría usurpando tanto el papel del constituyente como del legislador.

El nuevo derecho constitucional o neoconstitucionalismo se desarrolló en Europa, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, en Brasil, en el período posterior a la Constitución de 1988. El ambiente filosófico en que se generó fue el del post-positivismo, teniendo como principales cambios de paradigma, en el plano teórico, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y la elaboración de diferentes categorías de interpretación constitucional.

Fruto de dicho proceso, la constitucionalización del Derecho genera la irradiación de los valores contenidos en los principios y reglas presentes en la Constitución por todo el ordenamiento jurídico, sobre todo por la vía de la jurisdicción constitucional, en sus diferentes niveles. También es a partir de ella que se hace posible la aplicación directa de la constitución a diversas situaciones, la inconstitucionalidad de las normas incompatibles con la Carta Constitucional y, principalmente, la interpretación de las normas infraconstitucionales conforme a la Constitución, circunstancia que irá conformar su sentido y alcance. La constitucionalización, el crecimiento de la demanda por justicia por parte de la sociedad brasileña y el ascenso institucional del Poder Judicial han generado, en Brasil, una intensa judicialización de las relaciones políticas y sociales.

Tal hecho maximiza la importancia del debate, en la teoría constitucional, acerca del equilibrio que debe haber entre la supremacía constitucional, interpretación judicial de la Constitución y proceso político mayoritario. Las circunstancias brasileñas, en el marco actual, refuerzan el papel desempeñado por el Supremo Tribunal Federal, incluso en razón de la crisis de legitimidad que enfrentan el Legislativo y el Ejecutivo, no solamente en razón de un fenómeno coyuntural, sino por una disfunción institucional crónica.