



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 41, julio-diciembre 2019



## Separación de poderes y supremacía judicial: estudio de casos en Brasil

### *Separation of Powers and Judicial Supremacy: Case Analyses in Brazil*

Vinicius HSU CLETO\*

**RESUMEN:** Parte de la doctrina constitucional contemporánea señala que el rol desempeñado por las cortes constitucionales en cuestiones abstractas puede representar amenaza al legítimo papel del Poder Legislativo, usualmente compuesto por miembros elegidos directamente por la población. Además, las sentencias judiciales afectan, muchas veces, el Poder Ejecutivo, ya que el presupuesto es empleado para efectivar decisiones, especialmente las abstractas y generales, o sea, las constitucionales. Este artículo estudia los argumentos que notan cierta tendencia hacia un “gobierno de jueces”. Se los contrapone a razones que demuestran la legitimidad de la judicatura para decidir en abstracto. Busca probar que, en sistemas constitucionales autónomos, ni el Legislativo ni la judicatura poseen la palabra final en legislación abstracta; en realidad, hay repartición del poder de agenda a depender del tema. Para concretizar la tesis presentada, se analizan los casos *i)* del matrimonio homosexual en Brasil, y *ii)* de la “vaguejada”, que fue considerada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño y, posteriormente, aceptado en la Constitución Federal a través de la Enmienda Constitucional n. 96 de 2017.

**ABSTRACT:** Contemporary constitutional jurists notice that the burgeoning role played by Constitutional Courts regarding political and abstract topics represents a threat to the legitimate functions of the Legislative, usually composed by directly elected members. Furthermore, judicial decisions tend to affect the Executive, since the budget is employed to assure the efficacy of abstract and general decisions. This article studies the arguments that emphasize a trend towards a “judges’ government”. Those propositions are confronted with arguments that demonstrate judicial legitimacy on abstract decisions. The hypothesis affirms that, inside functional constitutional systems, nor the Parliament nor the Judiciary have the final say in abstract regulation. In order to demonstrate the validity of the assertion, two different cases are scrutinized: *i)* same-sex marriage in Brazil; *ii)* Brazil’s “vaguejada”, a sport considered unconstitutional by the Federal Supreme Court, but subsequently accepted by Constitutional Amendment n. 96/2017.

---

\* Maestría en Derecho por el Centro Universitario Internacional UNINTER (Brasil).  
Abogado público en Brasil (OAB/PR no. 75.757); [viniciushsu@hotmail.com](mailto:viniciushsu@hotmail.com).

**Palabras clave:** Jurisdicción constitucional, supremacía judicial, derecho de minorías.

**Keywords:** *Constitutional jurisdiction, Judicial supremacy, Minority rights.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El gobierno de jueces*. III. *La legitimidad de la judicatura en materia constitucional abstracta*. IV. *El poder de agenda: diálogo entre poderes sobre el matrimonio homosexual en Brasil*. V. *Análisis de caso: la “vaguejada” en Brasil tras la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4.983 y la Enmienda Constitucional n. 96 de 2017*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Diversos doctrinarios contemporáneos se dan cuenta de la creciente presencia de la judicatura en la vida política de los Estados nacionales. Vanberg, por ejemplo, afirma<sup>1</sup> que la posibilidad de negar validez a leyes ordinarias o a actos administrativos a través del Poder Judicial es característica común del Occidente democrático. El caso brasileño no es excepción a la regla. Desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988 (CF88),<sup>2</sup> la judicatura gana más atribuciones después<sup>3</sup> de la Constituyente.

Esta interferencia de los jueces en el cotidiano político no está exenta de críticas. La posibilidad de volver inaplicable una ley discutida por todo

<sup>1</sup> Vanberg, Georg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 1.

<sup>2</sup> Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>3</sup> El profesor brasileño Oscar Vilhena nota que “No campo dos direito fundamentais, já foram decididas, ou encontram-se na agenda do Tribunal, questões como: pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, desarmamento, aborto (anencéfalos), demarcação de terras indígenas, reforma agrária, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, lei de crimes hediondos, poder da polícia de algemar, direito de greve, etc.”. En traducción libre, dice que “En el ámbito de los derechos fundamentales, ya fueron decididas o están en la agenda del Tribunal cuestiones como: pesquisa con células madre, acciones afirmativas en universidades, desarmamiento, aborto (anencéfalos), demarcación de tierras de indígenas, reforma agraria, distribución de medicamentos, ley sobre la prensa, ley sobre crímenes graves, el poder de la policía para emplear esposas, derecho de huelga, entre otros”. *cfr.* Vilhena, Oscar, “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4(2), julio-diciembre de 2008, p. 451.

el Congreso Nacional por medio de una hermenéutica amplia, basada en principios constitucionales abstractos, genera tensiones entre el Poder Legislativo y la cúpula de la judicatura. En el caso brasileño, el plenario del Supremo Tribunal Federal (STF) está compuesto por once ministros (artículo 101, CF88), mientras que el Legislativo, bicameral, presenta quinientos trece diputados (artículo 45, párrafo primero, CF88), y ochenta y un senadores (artículo 46, párrafo primero, CF88). En otras palabras, las determinaciones judiciales abstractas dependen de pocos miembros. Los poderes de los jueces constitucionales son todavía más amplios si tenemos en cuenta la aplicación de la llamada “modulación constitucional”, que puede delimitar los efectos de la decisión. En Brasil, véase el artículo 27 de la Ley 9.868 de 1999,<sup>4</sup> en traducción libre:

Al reconocerse la inconstitucionalidad de la ley o del acto normativo, y teniendo en cuenta razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal decidir, en mayoría de dos tercios de los miembros, por restringir los efectos de aquella declaración o por decidir que ella solamente presenta eficacia tras la cosa juzgada o tras otro momento a ser fijado.

Sin embargo, la actuación de la corte constitucional no se limita a este aspecto temporal. El Supremo Tribunal Federal posee la facultad de determinar cuál es la interpretación correcta de los diplomas legales, es decir, puede crear hermenéuticas que huyen de la literalidad. Un ejemplo brasileño se presenta respecto al resarcimiento por daño al erario. Aunque la Constitución no admita la prescripción extintiva de acciones que buscan indemnización por daños al patrimonio público —y la literalidad no deja margen para la duda—,<sup>5</sup> el STF decidió<sup>6</sup> que sí es posible la prescripción

<sup>4</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. *Cfr.* Brasil, “Lei no. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>5</sup> Se trata del artículo 39, párrafo quinto, de la Constitución brasileña: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou

para ilícitos civiles, *ratio* que, peligrosamente, puede ser empleada contra el resarcimiento por daños causados mediante crímenes o conductas improbas.<sup>7</sup> Por lo tanto, la Corte Constitucional puede invertir la lógica no solamente del Legislativo, sino del constituyente, hecho singularmente grave en las democracias occidentales.

El Poder Ejecutivo, en la misma dirección, presenta críticas a la interpretación judicial abstracta. Las consecuencias presupuestarias afectan el planteamiento de políticas públicas que, muchas veces, fueron prometidas en campañas electorales.<sup>8</sup> Véase el caso del derecho a la salud. Es un derecho social de todos, y deber del Estado (artículo 196, CF88). El término “salud” está presente en sesenta y seis (66) diferentes momentos de la Constitución. Su importancia determinó el establecimiento del sistema único de salud —el SUS—, que ofrece cobertura universal. Teniendo en cuenta que Brasil es una Federación dividida en unión (gobierno federal), estados federados, municipios/alcaldías y Distrito Federal, se hizo el “Componente Especializado de Asistencia Farmacéutica” (CEAF),<sup>9</sup>

---

não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. En traducción libre: “La ley establecerá los plazos de prescripción de los ilícitos practicados por cualquier agente, funcionario o no, que causen perjuicios al Erario, exceptuadas las respectivas acciones de resarcimiento”.

<sup>6</sup> Juzgamiento del “Recurso Extraordinário (RE) 669069”. *Cfr.* Supremo Tribunal Federal, “STF Mantém Decisão sobre Reparação de Danos à Fazenda Pública Decorrente de Ilícito Civil”, junio de 2016, disponible en: <http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319146> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>7</sup> Para que se conozcan los argumentos favorables a la prescripción resarcitoria, aunque proveniente de actos improbos, *cfr.* Cruz, Luana Pedrosa de Figueiredo y Gomes Junior, Luiz Manoel, “Questões Relevantes sobre a Prescrição nas Ações de Ressarcimento ao Erário com Fundamento em Ato de Improbidade Administrativa”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, vol. 277, marzo de 2018, pp. 463-485.

<sup>8</sup> Sérgio Buarque de Holanda, en su *magnum opus*, *Raízes do Brasil* (*Raíces de Brasil*), nota que los países iberoamericanos son “personalistas”, es decir, presentan políticos que prometen bienes y reciben ofrendas en cambio —como el voto—. Estos lazos afectivos no siguen la lógica rigurosa de la ley impersonal. *Cfr.* Holanda, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26a. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 134. Max Weber, por su parte, afirma que el demagogo es el jefe típico del Occidente, figura que depende del discurso electoral. *Cfr.* Weber, Max, *Ciência e Política: Duas Vocações*, 18a. ed., São Paulo, Cultrix, 2011, pp. 97 y 98.

<sup>9</sup> Ministério da Saúde, “Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)”, julio de 2018, disponible en: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica-ceaf> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

que determina cuáles son los medicamentos que deben ser financiados por cada ente político. El primer grupo, por ejemplo, es atribución federal, ya que está compuesto por las drogas más caras. La judicatura ignora las posibilidades financieras de las personas jurídicas públicas. Es pacífica la jurisprudencia de la Corte Constitucional que determina responsabilidad solidaria de los entes políticos,<sup>10</sup> o sea, el deber de ofrecer medicamentos independientemente de las reparticiones de atribuciones. Solamente en acciones resarcitorias se podría buscar indemnización por costes que serían responsabilidad de otro ente federativo.

Por lo tanto, la judicatura parece intrusiva, actuante fuera de las competencias generalmente esperadas en democracias cuyos poderes son tripartidos. Esta impresión, compartida por doctrinarios estudiados en este artículo, generó argumentos que defienden menos poderes abstractos de los jueces, específicamente de aquellos que actúan en cortes constitucionales.

Por otro lado, hay consideraciones que demuestran no haber gobierno de los jueces. La judicatura se hace presente si los demás poderes no respetan la orden constitucional o si hay grave impase sobre temas relevantes. No significa que la decisión judicial sea final; tampoco se sustenta la tesis de que la *ratio* abstracta de la judicatura sea definitiva.

Este artículo, según el método dialéctico, contrapone argumentos que presentan connotación negativa de la expansión de la judicatura con argumentos que son favorables a la manutención del poder decisorio abstracto de la cúpula judicial. En síntesis, se defiende que la judicatura solamente presenta poder decisorio abstracto cuando los demás poderes son incapaces de ofrecer alternativas democráticamente más legítimas, es decir, cuando haya impases decisorios. Su rol es esencial en democracias, ya que la composición técnica del cuerpo garantiza interpretaciones distintas de los demás poderes. Se crea un doble filtraje contra mayorías eventuales que puedan amenazar derechos de minorías —comprendidas en su sentido sustantivo—, las personas o grupos sin representatividad en el Parlamento o en el Ejecutivo. Los argumentos presentados se basan en autores anglosajones, portugueses y brasileños contemporáneos que estudiaron el conflicto entre la judicatura constitucional y los demás poderes. La selección se hizo en el marco de estudios de posgrado del autor.

<sup>10</sup> Supremo Tribunal Federal, “RE 855178 - Recurso Extraordinário”, julio de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

Se comprueba la síntesis mediante el análisis de dos casos concretos en Brasil: el impase sobre matrimonios homosexuales y la cuestión de las “vaquejadas”. Los dos problemas son relativamente recientes, agudizados en la década de 2010. Ambos temas fueron juzgados por la Corte Constitucional brasileña, el Supremo Tribunal Federal.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal es el órgano de cúpula de la judicatura. Analiza, con exclusividad, la constitucionalidad abstracta de leyes en sentido amplio, concepto que alcanza las enmiendas constitucionales. La proposición de acciones judiciales de control abstracto de constitucionalidad es reglada por la Ley 9.868 de 1999, por la Ley 9.882 de 1999 y por el artículo 103 de la Constitución Federal brasileña. Aunque todos los jueces brasileños pueden realizar el control concreto de constitucionalidad, la interferencia abstracta, nacional,<sup>11</sup> es exclusividad del Supremo Tribunal Federal.

## II. EL GOBIERNO DE JUECES

La legitimidad de la interferencia judicial en temas anteriormente considerados de dominio exclusivo de los estratos políticos elegidos es cuestionada a través de argumentos recurrentes, los cuales van a ser examinados en esta sección. La expresión “gobierno de jueces” es ontológicamente peyorativa, ya que resalta que los órganos judiciales estarían entrometiéndose en asuntos cuya decisión debería ser realizada por los ciudadanos ordinarios.<sup>12</sup> Por ello, es el título explicativo de este apartado del artículo.

### 1. *Carácter antipopular: la preservación hegemónica de Hirschl y el derecho de minorías*

La importancia de la judicatura para preservar derechos de minorías es el argumento exhaustivamente presentado por la doctrina que defiende el

<sup>11</sup> Los tribunales de los estados federados realizan control abstracto de constitucionalidad respecto a leyes locales, provenientes de ayuntamientos o del Estado federado. En este caso, el paradigma es la Constitución estadual. En Brasil, sin embargo, la unión federal concentra las competencias legislativas más relevantes, por ejemplo, sobre derecho civil o sobre derecho penal.

<sup>12</sup> Jorge Novais afirma que los europeos no tienen el mismo respeto hacia los jueces tal como los estadounidenses, ya que siempre temieron el “gobierno de jueces”. Cfr. Novais, Jorge Reis, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, Lisboa, Almedina, 2014, p. 31.

rol jugado por los jueces, especialmente los constitucionales, afirmación clasificada como “canónica” por Ran Hirschl.<sup>13</sup>

Sin embargo, existen muestras de que no hay garantías que sostengan semejante aseveración. Las élites económicas y políticas de los Estados podrían emplear la judicatura para proteger intereses propios, a pesar de las necesidades de la mayoría de la sociedad civil. Según Hirschl, semejante fenómeno, al cual se le denominó “preservación hegemónica”,<sup>14</sup> pasó en Sudáfrica.<sup>15</sup>

Otro equívoco apuntado por esta línea de argumentación sostiene que la creencia en bloques monolíticos de intereses no es aceptable. Según ejemplifica Waldron,<sup>16</sup> no todos los negros son favorables a acciones afirmativas, aunque sean potenciales beneficiarios; tampoco todas las mujeres son favorables al aborto, aunque sea un derecho que beneficia esencialmente la autogestión del cuerpo femenino. Según la misma línea de argumentación, no se debe imaginar que todos los blancos deseen oprimir negros, los cuales, en su totalidad, apoyarían medidas estatales consubstanciadas en la discriminación positiva. En el mismo sentido, hay hombres que defienden la plena autonomía femenina en la gestación del feto. Por consiguiente, la decisión sobre estas cuestiones políticas abstractas podría ser adoptada en el Poder Legislativo, ámbito privilegiado para ello, aunque haya mayoría de hombres blancos.

En efecto, si puede haber discriminación en el Parlamento, no existirían razones fundamentales para creer en el progresismo del tribunal constitucional.

## *2. Legislación abstracta basada en la decisión de pocos miembros*

Los tribunales constitucionales están compuestos, muchas veces, por pocos miembros. Este fenómeno se explica por la necesaria uniformidad interpretativa de los juzgados. Para efectos de ejemplificación, la actual

---

<sup>13</sup> Hirschl, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, Indiana, vol. 11, núm. 1, 2004, p. 75.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>16</sup> Waldron, Jeremy, “Legislatures Judging in their Own Cause”, *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009, p. 143.



Suprema Corte de Estados Unidos presenta nueve (9) *Justices*; Israel, por su parte, posee quince (15) jueces en la Suprema Corte. Nuestro objeto de análisis, la jurisdicción constitucional brasileña, está compuesta por once (11) ministros. Si a estos tribunales les es concedida la facultad de descartar leyes basadas en procesos legislativos cuidados y discutidos, se nota una tendencia oligárquica y antidemocrática, aunque la elección de los jueces constitucionales sea influenciada por los poderes Ejecutivo y Legislativo. En efecto, en el caso brasileño, una ley ordinaria —jerárquicamente inferior a la Constitución— depende al menos de mayorías simples en la Cámara de Diputados (quinientos y trece congresistas) y en el Senado Federal (ochenta y un congresistas). Los ciudadanos de países democráticos tienden a aceptar leyes contrarias a sus creencias, siempre y cuando el proceso legislativo haya sido respetado.<sup>17</sup> La judicatura, empero, no prestaría cuentas al público elector.<sup>18</sup>

En respuesta a esta línea argumentativa, se dice que la elección del número de juzgadores reside en diplomas fundamentales de la historia jurídica del país. En Brasil, es la Constitución Federal la que determina las atribuciones y la composición del Supremo Tribunal Federal (artículo 101, Constitución Federal brasileña). Las constituyentes serían el momento crucial, en términos de legitimidad popular. Sin embargo, hay contestaciones que se preguntan por qué generaciones diferentes deberían obedecer a documentos antiguos y escritos por un pequeño grupo de intelectuales. Robert Dahl emplea el ejemplo estadounidense: la Constitución tiene más de doscientos (200) años y fue concebida por algo así como cincuenta (50) personas.<sup>19</sup> Sanford Levinson cuestiona la consecuente existencia del colegio electoral y del peso asimétrico de votos populares en los Estados Unidos del siglo XXI.<sup>20</sup> Por fin, Roberto Gargarella anota la posibilidad de que haya consensos muy profundos y amplios, legítimos como la constituyente,<sup>21</sup> que

---

<sup>17</sup> Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Journal*, New Haven, vol. 115/6, abril de 2006, p. 1.387.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1.363.

<sup>19</sup> Dahl, Robert A, *How Democratic is the American Constitution?*, New Haven, Yale University Press, 2001, p. 2.

<sup>20</sup> Levinson, Sanford, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People can Correct It)*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 6-11.

<sup>21</sup> Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, México, núm. 6, abril de 1997, p. 58.



pueden ser revisados por el “elitismo epistemológico”<sup>22</sup> de los defensores de la imparcialidad y corrección de los jueces constitucionales.

### 3. Políticas públicas de la judicatura

Otra faceta menos trabajada por la doctrina es la estipulación de obligaciones positivas generales dirigidas hacia al Poder Ejecutivo. Estos deberes, que se consustancian genéricamente en el rótulo “políticas públicas”, reducen el margen discrecional de alcaldes, gobernadores, presidentes y primeros ministros, elegidos en sufragios de acuerdo con sus programas de obras y servicios.

Los administradores públicos brasileños sostienen la teoría de la reserva del posible: ante las innumerables necesidades públicas, se seleccionan aquellas consideradas más relevantes, marginados los anhelos con mala relación costo-beneficio.

Sin embargo, la judicatura, representada por la Corte de cúpula, tendería a amplificar sus atribuciones. Se alteraría, por ende, la organización presupuestaria del ente político.

En la introducción se ejemplificó semejante avance judicial con la cuestión de los medicamentos en Brasil. Otro caso que representa la imposición de actos concretos se encuentra en el Recurso Extraordinario (RE) 592.581/RS. El Supremo Tribunal Federal brasileño impuso a la administración pública el deber de reformar establecimientos carcelarios para que se defendiera la dignidad del ser humano.<sup>23</sup> Los argumentos de la Abogacía del Estado de Río Grande del Sur sobre la reserva del posible no prosperaron.

La injerencia judicial en casos concretos no es, sin embargo, la situación más problemática para el Poder Ejecutivo. La Constitución Federal brasileña de 1988 no solamente alargó las atribuciones de la judicatura, sino que amplió la actuación del *parquet* brasileño, el Ministerio Público, capaz de ofrecer acciones con efectos abstractos y vinculantes para todos, o sea, *erga omnes*.<sup>24</sup> Este trabajo conjunto entre la judicatura y el Ministerio

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal, “Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul”, agosto de 2015, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>24</sup> Arantes, Rogério Bastos, “Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Brasil, vol. 14, núm. 39, febrero de 1999, p. 89.

Público —independiente de cualquier poder en el caso brasileño— redujo el ámbito de libre acción de actores elegidos democráticamente.<sup>25</sup> Se estaría ante la modalidad de usurpación de funciones políticas por actores que son elegidos, mayormente, por procesos selectivos tecnocráticos, burocráticos.

### III. LA LEGITIMIDAD DE LA JUDICATURA EN MATERIA CONSTITUCIONAL ABSTRACTA

En contraposición a los argumentos contrarios a la expansión de la jurisdicción constitucional abstracta, hay aspectos que justifican la manutención del cuerpo técnico y específico para evaluar la constitucionalidad de los productos legislativos, así como para juzgar la actuación —o la omisión— del Ejecutivo.

En este apartado son presentados los argumentos que contraponen la doctrina constitucionalista que pide más espacio para la actuación de la clase política elegida directamente por los ciudadanos.

#### 1. *La constituyente*

Considerado momento fundamental en la existencia del Estado, la constituyente ni siquiera respeta derechos adquiridos en la vigencia de órdenes jurídicos pretéritos.<sup>26</sup> No significa la inexistencia de cualquier límite normativo: todas las Constituciones responden a necesidades históricas y culturales metajurídicas.<sup>27</sup> Sin embargo, la conformación de la estructura

<sup>25</sup> El Ministerio Público brasileño se considera protagonista en la concretización de los derechos colectivos *lato sensu*. Se admite, por ello, que la esfera discrecional del administrador público se reduzca. *Cfr. ibidem*, pp. 94-98.

<sup>26</sup> “Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente posta é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (Kelsen)”. *Cfr.* Brito, Carlos Ayres de y Pontes Filho, Valmir, “Direito adquirido contra as emendas constitucionais”, *Revista de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, vol. 202, octubre de 1995, p. 75. En traducción libre: “Hay derecho adquirido contra enmiendas constitucionales. Lo que no existe es derecho adquirido contra la Constitución originalmente puesta, ya que la Constitución originaria es el comienzo de toda la normatividad jurídico-positiva del Estado soberano”.

<sup>27</sup> Es la opinión de Canotilho. Para un análisis de la teoría de la constituyente, *cfr.* Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 65-84.

del Estado, tema constitucional sustantivo, puede variar a depender de la creatividad de los pueblos. Lo que no se discute, por lo menos desde el siglo XVIII, es que la titularidad legítima del constituyente es la comunidad de ciudadanos del Estado.<sup>28</sup> Es la idea de Constitución en sentido normativo,<sup>29</sup> que se preocupa por la legitimidad del orden jurídico creado.

En la constituyente de los países democráticos se optó por la independencia de los jueces.<sup>30</sup> La competencia, las posibilidades de accionamiento, la extensión de los poderes jurisdiccionales y la composición<sup>31</sup> de los tribunales fueron determinadas en el momento fundamentalmente democrático del país. En el caso brasileño, un estudio científico<sup>32</sup> demuestra que la fundamentación de los votos de los jueces del Supremo Tribunal Federal muchas veces se alarga si hay retransmisión de las sesiones de juzgamiento en la “TV Justiça”, o sea, se toma en cuenta la evaluación popular.

Por lo tanto, no se puede decir que los juzgamientos abstractos son antidemocráticos. Las normas secundarias<sup>33</sup> confirieron poderes para que los tribunales constitucionales revisaran el procedimiento formal y sustancial de las leyes y de los actos administrativos en general. Además, adelante, en el análisis de los casos concretos, se notará que las decisiones no son permanentes. Aunque traigan estabilidad sistémica, el Legislativo y el Eje-

<sup>28</sup> Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 25a. ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 142.

<sup>29</sup> Grimm, Dieter, *Constitutionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 9-26.

<sup>30</sup> La independencia de la judicatura fue consagrada en las resoluciones 40/32 (1985) y 40/146 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se trata del documento “Principios básicos de la independencia la Judicatura”. Cfr: Naciones Unidas, “Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura”, julio de 2018, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>31</sup> La elección de jueces constitucionales puede ocurrir según apreciaciones de miembros elegidos. En Brasil, el proceso selectivo depende del Senado Federal y del presidente de la República (artículo 101, párrafo único, CF). En Estados Unidos, Terri Peretti considera que el proceso es democrático porque las elecciones son determinantes para que se decida quién ocupará cargos judiciales. Cfr. Peretti, Terri, “Constructing Courts in Polarized Times”, noviembre de 2008, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1307789](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1307789) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>32</sup> Hartmann, Ivar Alberto *et al.*, “A Influência da TV Justiça no Processo Decisório do STF”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, vol. 4, núm. 3, octubre de 2017, pp. 38-56.

<sup>33</sup> Hart, H. L. A., *O Conceito de Direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 105.

cutivo pueden cuestionarlas a lo largo del tiempo. Las teorías del diálogo explican mejor las relaciones entre poderes democráticos. Miguel Godoy, por ejemplo, afirma que la Corte Constitucional es un intérprete relevante, pero no es el único.<sup>34</sup> En efecto, César Rodríguez-Garavito señala que las decisiones judiciales constitucionales son más bien efectivadas si el Ejecutivo participa del moldeaje de las mismas.<sup>35</sup> Podría ser, según este autor, genuino poder moderador entre las demandas de la sociedad civil y las posibilidades de los administradores públicos.

Históricamente, se estaría delante del pasaje del Estado moderno europeo al Estado de derecho contemporáneo, en el que la ley mantiene su importancia, aunque no sea la única fuente normativa.<sup>36</sup>

## 2. El doble filtro como protección de minorías

Es natural que los jueces constitucionales cuiden de cuestiones típicamente sociales y políticas. Jorge Miranda resalta que toda interpretación “tem de se fazer mediante a circulação norma —realidade constitucional— valor”.<sup>37</sup> En el mismo sentido, la evaluación de temas políticos por el tribunal constitucional es considerada sana por Jorge Novais.<sup>38</sup>

Entre los asuntos políticos, se cuida de la protección de minorías. Éstas son clases de personas que no poseen la debida representatividad en los poderes democráticamente electos, a saber, el Ejecutivo y el Legislativo. Puede que la cantidad de miembros de este grupo de personas sea bastante considerable en el todo, pero el criterio distintivo es la falta de penetración en puestos decisorios. Por ende, sufren la posibilidad constante de perder derechos, incluso los fundamentales.

<sup>34</sup> Godoy, Miguel Gualano de, *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 167.

<sup>35</sup> Rodríguez-Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, Texas, vol. 89:1669, 2011, pp. 1.685-1.696.

<sup>36</sup> El Estado de derecho presenta trazos de pluralismo jurídico. Cfr. Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en Fioravanti, M. (org.), *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, p. 28.

<sup>37</sup> En traducción libre: “Debe hacerse a través de la circulación norma —realidad constitucional— valor”. Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, v. 2, p. 304.

<sup>38</sup> Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, p. 82.

Clásicamente, la judicatura constitucional garantizaría la protección de la libertad<sup>39</sup> de los miembros minoritarios de la sociedad civil. Sin embargo, como he afirmado en la sección de críticas, intérpretes como Jeremy Waldron y Ran Hirschl aseveran que no existen medios de asegurarse el progresismo de los juzgadores constitucionales, de suerte que no habría motivo para dirigir temas polémicos sobre minorías a la judicatura.

La afirmativa es empíricamente verdadera, pero las consecuencias de la hipótesis son diferentes de las que pretenden los críticos. Nada puede garantizar que los juzgadores constitucionales no presenten prejuicios tan graves como los miembros elegidos del Legislativo y del Ejecutivo; sin embargo, la presencia de un órgano compuesto por miembros distintos de la mayoría coyuntural elegida ofrece un filtro más de protección de las minorías. Si el acto administrativo, la ley o hasta la enmienda constitucional representa violaciones de derechos minoritarios, el tribunal constitucional jurídicamente técnico, puede evitar daños masivos. Es cierto que la posibilidad de intervención no se concretiza necesariamente, pero la excepcionalidad no es capaz de justificar la supresión de las cortes constitucionales. Basta intentar un sencillo ejercicio hipotético: ¿qué pasaría si las cortes constitucionales fueran suprimidas y todas las reglas abstractas fueran impuestas por el Parlamento? Básicamente, la mera posibilidad de revisión según la Constitución —hermenéutica de especialistas, o sea, técnica— dejaría de existir.

Lo mismo se puede decir de las omisiones administrativas o legislativas. Si el impase decisorio refleja consecuencias que dificultan el ejercicio de derechos, es natural que los tribunales constitucionales ofrezcan soluciones abstractas basadas en principios constitucionales. En Brasil, esta autoridad

---

<sup>39</sup> “A *liberdade* revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia (insistimos ainda) não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria”. *Cfr.* Miranda, Jorge, “Democracia, Eleições, Direito Eleitoral”, en Pagliarini, Alexandre Coutinho y Cleto, Vinicius Hsu (orgs.), *Direito e Jurisdições: Interna e Internacional*, Curitiba, InterSaberes, 2018, p. 79. En traducción libre: “La libertad se muestra, por lo tanto, en la misma línea, fundamento y límite de la democracia. Se muestra fundamento, ya que la participación en la conducción de los destinos comunes presupone la libertad. Y se muestra límite, ya que la democracia (insistimos todavía) no puede amenazar la libertad, y la mayoría es siempre mayoría de conjuntura, no es mayoría definitiva, siempre lista para masacrar los derechos de minorías”.

es conferida por el artículo 5o., XXXV, de la Constitución Federal, que exige la apreciación de amenazas o de lesiones a derechos, y por el artículo 4o. de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño,<sup>40</sup> que exige del juez, en caso de omisión legal, la decisión según la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho. Estas provisiones judiciales no son definitivas. Siempre pueden ser reglamentadas, revisadas o abrogadas. Con todo, la ausencia de la Corte Constitucional no posibilitaría que se superara el impase, v. g., dentro del Parlamento. El problema no tendría ni una solución justa (popular, democrática, consensual) ni una solución injusta (antipopular, elitista): simplemente no sería resuelto. Se podría argumentar que, en semejantes casos, la decisión no está madura, así que ninguna regulación podría ser adoptada; empero, no parece razonable demandarles a los afectados que esperen dos o tres generaciones<sup>41</sup> hasta que se superen omisiones.

### 3. *La imparcialidad de los jueces constitucionales*

Los jueces constitucionales no son distintos de los miembros políticos de otros poderes porque serían exentos o desinteresados. Todo órgano público, representado por persona natural, tiende a amplificar los propios intereses y competencias.<sup>42</sup> Si este aspecto fuera argumento suficiente para abolir poderes de decisión, a nadie sería facultado el derecho de determinar regulaciones abstractas.

Los juzgadores de las cortes constitucionales pueden ser considerados imparciales porque no sufren las mismas restricciones que los parlamentarios y los gobernadores. No necesitan obedecer a determinaciones de los líderes partidarios; tampoco deben reportarse a financiadores de campañas

---

<sup>40</sup> Brasil, “Decreto-Lei no. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>41</sup> El argumento está presente en Barroso, Luís Roberto, “A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, número especial, 2015, p. 25.

<sup>42</sup> Por veces, los intereses particulares se mezclan con los intereses públicos. Para un análisis de la economía política desde la concepción del *homo oeconomicus*, cfr. Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2009.

y lobistas.<sup>43</sup> Nuevamente, no se pretende que no existan factores institucionales que afecten la decisión de los miembros de la Corte Constitucional, sino que las limitaciones son diferentes.

Además, usualmente, se escogen juzgadores técnicamente calificados. En Brasil, por ejemplo, se exige que el ministro del Supremo Tribunal Federal presente “notable saber jurídico” (artículo 101, CF). En la actual composición de la Corte Constitucional, todos poseen, al menos, grado superior en ciencias jurídicas, es decir, fueron enseñados a razonar según las técnicas hermenéuticas del derecho. Eso significa que las apreciaciones de temas, agendas y políticas públicas son diferentes de aquellas realizadas en el Parlamento o en los gabinetes ejecutivos.

Estos dos predicados —ausencia de determinaciones político-financieras y técnicas distintas de interpretación— confieren imparcialidad apreciativa, capaz de reforzar el argumento que sostiene un filtro más de defensa de los derechos ajenos a la agenda de la mayoría coyuntural.

#### IV. EL PODER DE AGENDA: DIÁLOGO ENTRE PODERES SOBRE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN BRASIL

En los apartados anteriores se sostuvo que *i*) la Corte Constitucional puede actuar legítimamente en temas políticos abstractos, incluso para sanar actos y omisiones; *ii*) la *ratio* de las decisiones abstractas puede ser superada por los otros poderes, gracias a la omnipresente posibilidad de innovar el orden jurídico; con todo, los juzgamientos abstractos de la judicatura constitucional se mantendrán si hay impase decisorio.

En esta sección se analiza el reglamento brasileño contemporáneo sobre matrimonio homosexual y demás modalidades de unión civil para personas del mismo sexo. El tema demuestra, concretamente, la narrativa defendida en este artículo.

El Congreso Nacional brasileño, ámbito privilegiado para que se determinara la posibilidad o imposibilidad de admitirse el matrimonio homosexual, padece del denominado “impase legislativo”. El Proyecto de Ley n. 1.151/1995 de la Cámara de Diputados ha intentado disciplinar la unión civil de personas del mismo sexo. En 2013, semejante intento se hizo por

---

<sup>43</sup> El argumento está presente en Waluchow, Wil, “Constitution as Living Trees: An Idiot Defends”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Canadá, 2005, pp. 207-247.



medio del Proyecto de Ley n. 5.120/2013 de la Cámara de Diputados, que reglamenta el matrimonio y la unión civil de homosexuales. En el Senado Federal, el Proyecto de Ley n. 612/2011 intenta, igualmente, reglamentar la unión civil de homosexuales. Al mismo tiempo, se registra el Proyecto de Ley n. 4.508 de 2008 de la Cámara de Diputados, que busca cohibir la adopción de niños por homosexuales. Ningún proyecto ha logrado aprobación.

Doctrinariamente, hay disonancias interpretativas. Hay posiciones que comprenden imposible el matrimonio homosexual, aunque razonablemente posible determinada modalidad de unión civil;<sup>44</sup> hay hermenéutica que veda la posibilidad de contracción de matrimonio por personas del mismo sexo, basada en la prohibición en el *jus cogens*;<sup>45</sup> hay interpretación que defiende la absoluta posibilidad.<sup>46</sup>

Para que se comprenda la actuación de la judicatura en este asunto, es necesario recurrir a la teorización de George Tsebelis. Si comprendemos, adaptadamente, que el Ejecutivo, el Legislativo y la judicatura son actores con poder de veto,<sup>47</sup> el análisis se vuelve claro, alejado de las críticas presentadas. En la situación actual, ni el Legislativo ni el Ejecutivo<sup>48</sup> lo-

<sup>44</sup> Barbosa, Camilo de Lelis Colani, “Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 2, octubre-diciembre de 2014, pp. 29-43.

<sup>45</sup> “É evidente que os Estados estão obrigados a reconhecer o casamento entre homem e mulher, apenas e tão só”. Cfr. Barroso, Ivo Miguel, “A Heterossexualidade como Característica Sine Qua Non do Conceito de Casamento, à Luz do Ius Cogens”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 3, abril-marzo de 2015, p. 4. En traducción libre: “Es evidente que los Estados están obligados a reconocer el matrimonio entre hombres y mujeres tan solamente”.

<sup>46</sup> Ferreira, Pedro Tiago, “Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana: Actos Homossexuais, Casamento e Adopção”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, v. 3, 2015, pp. 207-218; Lara, Mariana Alves y Lopes, Laís Godoi, “Conjugalidade Homossexual: em Busca de um Conceito Aberto de Família”, *Revista dos Tribunais Sul*, Brasil, vol. 4, 2014, pp. 35-55; Oliveira, Lucas de, “A Construção das Famílias Homossexuais no Paradigma Democrático”, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 84, diciembre de 2017, pp. 99-120.

<sup>47</sup> Tsebelis, George, *Atores com Poder de Veto: Como Funcionam as Instituições Políticas*, São Paulo, FGV Editora, 2009.

<sup>48</sup> Aunque el Ejecutivo pueda intentar presionar por la agenda homosexual, hay otros factores que representan obstáculos. Apoyar el matrimonio de personas del mismo sexo significa pérdida de votos en sectores conservadores, hecho grave para cargos cuya elección ocurre mediante voto mayoritario, caso del presidente de la República. Para un es-

gran admitir o prohibir textualmente el matrimonio homosexual. Ya que la situación es indefinida, los que alegan lesión al derecho se refugian en la judicatura, específicamente en la Corte Constitucional, capaz de analizar la posible violación al derecho fundamental. Así, el poder de agenda, que puede ser determinante para alterar el *statu quo*,<sup>49</sup> es poseído por el Supremo Tribunal Federal. Este órgano, aunque judicial, impone solución abstracta que representa el “conjunto vencedor del *statu quo*”.<sup>50</sup> En las acciones judiciales ADPF<sup>51</sup> 132/RJ y ADI<sup>52</sup> 4277/DF, entendió posible la celebración de unión civil entre personas del mismo sexo. Esta *ratio*, proferida en control judicial abstracto, es la adoptada actualmente. Una vez que ni el Legislativo ni el Ejecutivo pueden, al día de hoy, alterar la solución de la Corte, se testimonia el fenómeno de la estabilidad decisoria,<sup>53</sup> que crea nuevo *statu quo*.

La judicatura fue lejos. Delante de recusos de órganos de registros, que solamente aceptaban decisiones judiciales en casos concretos, el Consejo Nacional de Justicia, órgano de la judicatura, impuso la obligación administrativa de reconocimiento de matrimonios homosexuales y uniones civiles entre personas del mismo sexo a través de la Resolución n. 175/2013.<sup>54</sup> Los fundamentos del acto son las decisiones del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia.

Hasta aquí habría demostración clara de un gobierno de jueces, pero la doctrina crítica se olvida de las innovaciones legislativas. El *statu quo* puede ser modificado desde que se establecen las condiciones para un nuevo equilibrio decisorio. En otras palabras, el Poder Legislativo podría ofrecer enmienda a la Constitución para prohibir matrimonios homosexuales. El

---

tudio sobre *payoffs* variables en múltiples arenas, *cfr.* Tsebelis, George, *Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada*, São Paulo, EdUSP, 1998.

<sup>49</sup> Tsebelis, George, *Atores...*, *cit.*, p. 43.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 49.

<sup>51</sup> Modalidad de control abstracto de constitucionalidad.

<sup>52</sup> Otro medio de control abstracto de constitucionalidad.

<sup>53</sup> Tsebelis, George, *Atores...*, *cit.*, p. 41.

<sup>54</sup> “Art. 1o. É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. *Cfr.* Conselho Nacional de Justiça, “Resolução No. 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, mayo de 2013, disponible en: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

Poder Ejecutivo, consciente de la Opinión Consultiva OC-24/17,<sup>55</sup> del 24 de noviembre de 2017, sobre “Obligaciones Estatales en Relación con el Cambio de Nombre, la Identidad de Género, y los Derechos Derivados de un Vínculo entre Parejas del Mismo Sexo”, podría denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según los términos del artículo 78 de este diploma,<sup>56</sup> de suerte que se evitara la responsabilidad internacional impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por supuesto, hay otros intereses en juego que pueden evitar soluciones radicales, pero lo que se busca demostrar es que los cambios reglamentarios abstractos son siempre posibles.

El caso brasileño es un modelo especialmente apto para el estudio de la palabra final en cuestiones políticas, porque hasta las enmiendas constitucionales pueden ser consideradas violación a “cláusulas pétreas”<sup>57</sup> de la Constitución Federal. Sin embargo, si la Corte Constitucional es accionada y declara la inconstitucionalidad de la enmienda, el Parlamento todavía puede continuar a innovar el orden jurídico. El criterio cronológico garantizaría la aplicación de los reglamentos creados por miembros democráticamente electos. Más allá de esta consideración, sería todavía posible cambiar, a lo largo del tiempo, la composición de la Corte,<sup>58</sup> para que reflejara la interpretación considerada correcta por los miembros de cuerpos políticos democráticamente elegidos. En efecto, éstos son mecanismos que posibilitan, institucionalmente, la alteración del *statu quo*, sin que para ello se suprima el órgano técnico capaz de proteger minorías contra las mayorías coyunturales.

Si admitimos las teorías del diálogo, debemos tener en cuenta que estos intercambios no son, necesariamente, pacíficos. Las tensiones son probabilidades admitidas en sistemas constitucionales, las cuales no siem-

<sup>55</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”, noviembre de 2017, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>56</sup> Organización de los Estados Americanos, “Convención Americana de Derechos Humanos”, julio de 2018, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

<sup>57</sup> Mendes, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 294.

<sup>58</sup> Como ya he mencionado, el proceso de selección de jueces constitucionales, en Brasil, es hecho por el Senado Federal (Legislativo) y por el presidente de la República (Ejecutivo).

pre se resuelven fácilmente. Al mismo tiempo, las dificultades e impases pueden ser innúmeras, lo que posibilita negociaciones y primacía de las innovaciones decisorias, v. g., nuevas leyes.

#### V. ANÁLISIS DE CASO: LA “VAQUEJADA” EN BRASIL TRAS LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD N. 4.983 Y LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL N. 96 DE 2017

La “vaquejada” es un deporte practicado predominantemente en el Nordeste brasileño. Consiste en derribar los bueyes lanzados en una arena.<sup>59</sup> Tal como en la “pelea de gallos”<sup>60</sup> y en los “rodeos”,<sup>61</sup> varios doctrinarios y estudiosos consideran que la práctica constituye crueldad hacia los animales, motivo por el cual debe ser prohibida, ya que el artículo 225 de la Constitución Federal brasileña demanda la protección del medio ambiente en todos sus aspectos.<sup>62</sup>

En la ADI n. 4.983, acción de control abstracto de constitucionalidad, el Supremo Tribunal Federal consideró inconstitucional la Ley Estadual 15.299/2013 de Ceará, que reglamentaba la “vaquejada”. Se admitió la *ratio* que consideraba cruel la práctica deportiva. En la secuencia, el Congreso Nacional rechazó el juzgamiento a través de la Enmienda Constitucional n. 96/2017, que facultó la práctica deportiva con animales desde que sea patrimonio cultural. Por ende, el ministro del Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, consideró perjudicada la ADI n. 5.713,<sup>63</sup> que bus-

<sup>59</sup> Santana, Heron y Moura, Judy Cerqueira, “Direito Animal e a Instabilidade das Decisões do Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 88, octubre-diciembre de 2017, pp. 183-200.

<sup>60</sup> Para un análisis de la acción de control abstracto ADI n. 1.856/RJ, *cfr.* Friede, Reis, “A Tutela do Meio Ambiente no Supremo Tribunal Federal: Estudo de Casos Concretos”, *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, Río de Janeiro, vol. 8, noviembre-diciembre de 2014, pp. 13-30.

<sup>61</sup> Tuglio, Vania Maria, “Rodeio e Crueldade contra Animais”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 36, pp. 343-348, octubre-diciembre de 2004.

<sup>62</sup> Incluso los miembros de la fauna, animales domésticos o salvajes. *Cfr.* Custódio, Helita Barreira, “Crueldade contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional”, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 2, marzo de 2011, pp. 215-258.

<sup>63</sup> Supremo Tribunal Federal, “Ministro Julga Prejudicada ADI sobre Vaquejada na Paraíba”, abril de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374075> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

caba la inconstitucionalidad de la Ley Estadual n. 10.428/2015 de Paraíba, cuyo objetivo también sería reglamentar la “vaguejada”.

La disputa, con todo, no fue resuelta. El Fórum Nacional de Protección y Defensa del Animal ofreció la ADI n. 5.728, que afirma la violación de cláusulas pétreas. Así, el Supremo Tribunal Federal tendrá la oportunidad de evaluar, nuevamente, la legislación *lato sensu* del Parlamento.

Heron Santana y Judy Moura critican lo que denominan “activismo congresional”:

É que em um país como o nosso, antecedido de seguidos regimes autoritários e ditatoriais, a atividade interpretativa do STF vem sendo subjugada aos caprichos dos poderes executivo e legislativo, o que se reflète até os dias de hoje, como mostra a recente reação legislativa através da Lei 13.364/2016 e da Emenda Constitucional 96/2017, que tornaram sem efeito a interpretação constitucional do STF que considerou que a vaguejada submete os animais à crueldade.<sup>64</sup>

En verdad, las expresiones peyorativas “activismo judicial” o “activismo congresional” omiten la saludable distribución de poderes normativos abstractos que posibilitan el equilibrio entre deseos de las mayorías coyunturales y la defensa de derechos minoritarios. Hay que comprender que no todos los tópicos políticos presentarán contornos definitivos a lo largo del tiempo. La estabilidad decisoria —el *statu quo* de George Tsebelis— es modificada por las innovaciones decisorias de los poderes, que pueden ser activadas a depender del tema y del consenso interno de los órganos. Es la “destrucción creativa”<sup>65</sup> de Joseph Schumpeter aplicada en la teoría de la jurisdicción constitucional. La estabilidad de precedentes no es eterna, aunque se busque la uniformidad y la seguridad jurídica. Estas son aspiraciones de los juristas que, aunque nobles, no corresponden a la realidad de los hechos.

<sup>64</sup> Santana, Heron y Moura, Judy Cerqueira, *Direito Animal...*, cit., pp. 183-200. En traducción libre: “En nuestro país, antecedido por regímenes autoritarios y dictatoriales, la actividad interpretativa del STF ha sido subyugada por los caprichos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo que trae reflejos hasta los días de hoy, como demostrado por la reciente reacción legislativa a través de la Ley n. 13.364/2016 y de la Enmienda Constitucional n. 96/2017, que retiró la eficacia de la interpretación constitucional del STF que había considerado que la «vaguejada» sometía los animales a la crueldad”.

<sup>65</sup> Schumpeter, Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguilar, 1952.

En el presente caso, una eventual procedencia de la ADI n. 5.713 puede determinar las mismas consecuencias estudiadas en el apartado sobre matrimonio homosexual: el Congreso Nacional puede innovar el orden jurídico y solapar la *ratio*, así como seleccionar juzgadores que tengan las mismas creencias a lo largo del tiempo. La inestabilidad no es deseable, pero en este caso concreto, el Legislativo presenta consenso suficientemente sólido para lograr enmiendas constitucionales (artículos 60, párrafo segundo de la CF). Al mismo tiempo, hay muchos legitimados a accionar el control abstracto de constitucionalidad. En estas circunstancias, la disputa solamente se resolvería mediante el compromiso entre la agenda congresional y la hermenéutica de la Corte Constitucional. Aunque el Supremo Tribunal Federal pueda determinar que la enmienda constitucional que permite la “vaguejada” sea considerada violación a la cláusula pétrea, el Congreso Nacional, por su turno, debe sublevarse y, por consecuencia, promover innovaciones legislativas que contraríen la *ratio* de la Corte. Algunos congresistas favorables a los derechos de los animales podrán, a su vez, intentar los remedios procesales de la Ley 12.016 de 2009, el “mandado de seguridad”, para impedir el trámite del proceso legislativo inconstitucional. Sin embargo, respetadas las reglas de presentación de materias, el Congreso Nacional puede trabajar incesantemente para modificar el *decisium* abstracto de la Corte Constitucional. Si todos los intentos fracasan, todavía se mantiene la posibilidad de seleccionar a juzgadores que respetan las creencias del Legislativo. Se nota que la discusión persiste.

## VI. CONCLUSIONES

Críticos de la jurisdicción constitucional abstracta, ejercida por la judicatura, señalan *i)* el posible elitismo decisorio; *ii)* la posible desconsideración de derechos de minoría por la Corte Constitucional; *iii)* la intromisión en la gestión presupuestaria. Defensores de los jueces constitucionales aseveran *i)* la legitimidad de la Corte Constitucional basada en la Constituyente; *ii)* el doble filtro para protección de minorías; *iii)* la importancia de la distinta composición e interpretación del tribunal.

Analizados los casos de la “vaguejada” y del matrimonio homosexual en Brasil, se nota que el proceso decisorio en sistemas constitucionales con poderes autónomos no presenta un órgano superior a los demás. Hipotéticamente, el Legislativo, órgano típico para innovar el orden jurídico, tendría

más posibilidades, especialmente si tenemos en cuenta su actuación en la selección de ministros del Supremo Tribunal Federal. Con todo, el Congreso Nacional brasileño es bicameral y compuesto por más de quinientos (500) parlamentarios. Las innovaciones tienden a sufrir con obstáculos representados por intereses diversos y agendas complejas. Aplicados y adaptados los conceptos de George Tsebelis, se nota que el *statu quo* solamente se modificaría si una nueva estabilidad decisoria puede ser alcanzada: otras *ratios* no lograrían alterar la reglamentación abstracta vigente por cuenta de impedimentos institucionales, ausencia de mayorías internas o costos de oportunidad.

La conclusión general nota que las críticas sobre determinado “gobierno de jueces” o “activismo congresional” no proceden. Es natural, en el marco de *checks and balances*, que la reglamentación abstracta cambie a lo largo del tiempo. Dependiendo del asunto, determinado poder tendrá la posibilidad de establecer la reglamentación abstracta del caso concreto. No significa que posea la palabra final. Nuevos consensos en otros poderes pueden alterar la estabilidad decisoria. En este artículo, se habló de la posible injerencia estatal *i)* en la cuestión de los medicamentos; *ii)* en la cuestión del resarcimiento por daño al erario; *iii)* en la cuestión del matrimonio homosexual; *iv)* en la cuestión de la “vaquejada”. En todos estos casos, el Legislativo podría superar la *ratio* jurisprudencial. Hasta en los temas más polémicos —el matrimonio de personas del mismo sexo y la “vaquejada”— existen alternativas posibles que modificarían el *statu quo* abstracto.

Por lo tanto, la última palabra en jurisdicción constitucional es aquella que todavía no fue superada por la reglamentación abstracta y legítima de otro poder. La posibilidad de superación, sin embargo, es omnipresente y necesaria: permite que las tensiones sociales sean estudiadas según la interpretación distinta de órganos diferentes, pero democráticos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ARANTES, Rogério Bastos, “Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Brasil, vol. 14, núm. 39, febrero de 1999.



- BARBOSA, Camilo de Lelis Colani, “Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 2, octubre-diciembre de 2014.
- BARROSO, Ivo Miguel, “A Heterossexualidade como Característica Sine Qua Non do Conceito de Casamento, à Luz do Ius Cogens”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 3, abril-marzo de 2015.
- BARROSO, Luís Roberto, “A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 5, número especial, 2015.
- BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 2009.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 25a. ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- BRASIL, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- BRASIL, “Decreto-Lei no. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- BRASIL, “Lei no. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, julio de 2018, disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- BRITO, Carlos Ayres de y PONTES FILHO, Valmir, “Direito adquirido contra as emendas constitucionais”, *Revista de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, vol. 202, octubre de 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, “Resolução No. 175 de 14/05/2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”, mayo de 2013, disponible en: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017”, noviembre de 2017, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo y GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, “Questões Relevantes sobre a Prescrição nas Ações de Ressarcimento ao Erário com Fundamento em Ato de Improbidade Administrativa”, *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 277, marzo de 2018.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira, “Crueldade contra Animais e a Proteção destes como Relevante Questão Jurídico-Ambiental e Constitucional”, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 2, marzo de 2011.
- DAHL, Robert A, *How Democratic is the American Constitution?*, New Haven, Yale University Press, 2001.
- FERREIRA, Pedro Tiago, “Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana: Actos Homossexuais, Casamento e Adopção”, *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, vol. 3, abril-marzo de 2015.
- FIORAVANTI, Maurizio, “Estado y Constitución”, en FIORAVANTI, M. (org.), *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004.
- FRIEDE, Reis, “A Tutela do Meio Ambiente no Supremo Tribunal Federal: Estudo de Casos Concretos”, *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, Río de Janeiro, vol. 8, noviembre-diciembre de 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, México, núm. 6, abril de 1997.
- GODOY, Miguel Gualano de, *Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais*, Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- HART, H. L. A., *O Conceito de Direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.
- HARTMANN, Ivar Alberto *et al.*, “A Influência da TV Justiça no Processo Decisório do STF”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, vol. 4, núm. 3, octubre de 2017.
- HIRSCHL, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Studies*, Indiana, vol. 11, núm. 1, 2004.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26a. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- LARA, Mariana Alves y LOPES, Laís Godoi, “Conjugalidade Homossexual: em Busca de um Conceito Aberto de Família”, *Revista dos Tribunais Sul*, Brasil, vol. 4, marzo-abril de 2014.
- LEVINSON, Sanford, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People can Correct It)*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso de Direito Constitucional*, 5a. ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, “Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)”, julio de 2018, disponible en: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica-ceaf> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- MIRANDA, Jorge, “Democracia, Eleições, Direito Eleitoral”, en PAGLIARINI, Alexandre Coutinho y CLETO, Vinicius Hsu (orgs.), *Direito e Jurisdições: Interna e Internacional*, Curitiba, InterSaberes, 2018.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 6a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, vol. 2, 2007.
- NACIONES UNIDAS, “Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura”, julio de 2018, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- NOVAIS, Jorge Reis, *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*, Lisboa, Almedina, 2014.
- OLIVEIRA, Lucas de, “A Construção das Famílias Homoafetivas no Paradigma Democrático”, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 84, diciembre de 2017.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Convención Americana de Derechos Humanos”, julio de 2018, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- PERETTI, Terri, “Constructing Courts in Polarized Times”, noviembre de 2008, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1307789](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1307789) (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).

- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, Texas, vol. 89:1669, 2011.
- SANTANA, Heron y MOURA, Judy Cerqueira, “Direito Animal e a Instabilidade das Decisões do Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 88, octubre-diciembre de 2017.
- SCHUMPETER, Joseph Alois, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguillar, 1952.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “Ministro Julga Prejudicada ADI sobre Vaquejada na Paraíba”, abril de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374075> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “RE 855178 - Recurso Extraordinário”, julio de 2018, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul”, agosto de 2015, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, “STF Mantém Decisão sobre Reparação de Danos à Fazenda Pública Decorrente de Ilícito Civil”, junio de 2016, disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319146> (fecha de acceso: 20 de julio de 2018).
- TSEBELIS, George, *Atores com Poder de Veto: Como Funcionam as Instituições Políticas*, São Paulo, FGV Editora, 2009.
- TSEBELIS, George, *Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada*, São Paulo, EdUSP, 1998.
- TUGLIO, Vania Maria, “Rodeio e Crueldade contra Animais”, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 36, octubre-diciembre de 2004.
- VANBERG, Georg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- VILHENA, Oscar, “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4(2), julio-diciembre de 2008.
- WALDRON, Jeremy, “Legislatures Judging in their Own Cause”, *Legisprudence*, vol. 3, núm. 1, 2009.

WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Journal*, New Haven, vol. 115/6, abril de 2006.

WALUCHOW, Wil, “Constitution as Living Trees: An Idiot Defends”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Canadá, 2005.

WEBER, Max, *Ciência e Política: Duas Vocações*, 18a. ed., São Paulo, Cultrix, 2011.

*C*

*Fecha de recepción:* 27 de julio de 2018.

*Fecha de aceptación:* 30 de enero de 2019.