

# **Independencia judicial y economía**



# Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía

Rodrigo Uprimny\*

9

## INTRODUCCIÓN

En uno de sus textos, Amartya Sen señala que “la economía moderna se empobreció en forma sustancial debido a la distancia que se ha abierto entre la ética y la economía” ya que, como consecuencia de ese divorcio, la ciencia económica ha tenido una visión estrecha de las motivaciones del comportamiento humano y del significado del desarrollo social (Sen, 1992: 108). Pero a su vez, señala Sen, este distanciamiento también ha perjudicado a la ética, que ha perdido la posibilidad de usar el fino instrumental analítico de la economía para enriquecer sus visiones, y en especial para poder tomar en cuenta en sus análisis normativos las complejas interdependencias que existen entre los comportamientos de los distintos agentes sociales.

Esta reflexión de Sen puede ser proyectada a la relación, también bastante problemática, que se ha dado entre la economía y el derecho. La separación académica que durante mucho tiempo ha existido entre esas disciplinas ha tenido efectos empobrecedores para ambas. La economía ha solido desconocer la importancia que tienen la dimensión normativa y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado del desarrollo, mientras que el olvido de los condicionamientos económicos puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales.

Es cierto que en los últimos años existen interesantes propuestas académicas que buscan precisamente acercar el derecho y la economía. Bástenos citar los si-

\*

Profesor Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

güentes dos ejemplos; de un lado, los trabajos de la llamada escuela neoinstitucionalista, y en especial la obra de Douglas North, han enfatizado el enorme impacto que tienen los arreglos institucionales como presupuestos de funcionamiento de los mercados, que es una forma de reconocer, desde el campo económico, la importancia del derecho y de las instituciones en los procesos económicos. Pero a su vez, toda la llamada escuela del «análisis económico del derecho», liderada por las obras, no siempre compatibles, de autores como Posner y Calabresi, ha incorporado una parte considerable del instrumental analítico de la economía, en especial de la microeconomía, como criterio para evaluar las reformas legislativas y las decisiones judiciales, que es una forma de reconocer, desde el derecho, la pertinencia de la lógica económica en el análisis normativo.<sup>1</sup>

Sin importar cuál sea nuestra opinión sobre la riqueza de esas escuelas, es indudable que ellas son significativas en la medida en que intentan establecer puentes entre los análisis económicos y las discusiones jurídicas. Y esa perspectiva puede orientarnos sobre la manera como deberíamos enfocar el debate que ha suscitado la jurisprudencia económica de la Corte Constitucional, por llamar de alguna manera las decisiones de ese tribunal que han afectado la política económica del Estado colombiano. Esta controversia puede ser la oportunidad para un diálogo enriquecedor entre las perspectivas de economistas y juristas sobre el papel que debe jugar el derecho en general, y la justicia constitucional en particular, en la definición y ejecución de la política económica en una democracia. Pero lo cierto es que, hasta ahora, la polémica ha tendido a acentuar la separación entre los análisis económicos y los estudios jurídicos, no sólo por las innecesarias diatribas que economistas y juristas han intercambiado generosamente,<sup>2</sup> sino además, porque incluso los estudios más serios no han logrado romper la unilateralidad de las perspectivas. Un ejemplo significativo es el primer trabajo de Salomón Kalmanovitz sobre el tema, en donde ese autor intenta un análisis sistemático y comprensivo de la jurisprudencia económica de la Corte, pero se queda en una visión

---

<sup>1</sup> La bibliografía sobre estas dos corrientes es muy amplia y, por tanto, cualquier referencia es muy limitada. Con todo, sobre neoinstitucionalismo, uno de los textos de referencia es el de Douglas North, *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. Y sobre análisis económico del derecho, una de las obras más relevantes es la de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Company, 1992,

<sup>2</sup> Por no citar sino un caso: algunos economistas prestigiosos y conocidos, como el exministro de Hacienda Rudolf Hommes, han acusado a los magistrados de la Corte Constitucional de ignorancia extrema, al punto de calificarlos de "burrisconsultos", que no parece la mejor forma de iniciar un debate académico sobre el tema. Ver *El Colombiano*, julio 4 de 1999. Frente a esos ataques, uno está tentado a responder con Borges: después de esos insultos señor, ¿cuáles son sus argumentos?

puramente externa de las decisiones del juez constitucional, como lo muestra incluso el propio título de su artículo.<sup>3</sup>

En ese contexto, este trabajo busca abandonar las posturas puramente defensivas y, si se quiere, “gremiales” de economistas y abogados, a fin de intentar un diálogo constructivo entre nuestras perspectivas. No se trata de eludir el debate, que debe ser vigoroso, como corresponde a la academia, ni de ocultar las diferencias que existen dentro de las mismas disciplinas, pues en ocasiones puede haber mayores controversias entre los abogados o los economistas sobre el papel jugado por la Corte Constitucional; pero creo que conviene abandonar las defensas a ultranza y las diatribas, a fin de favorecer una discusión interdisciplinaria sobre el papel de la justicia constitucional en el diseño y ejecución de la política económica en una democracia.

Para adelantar esa discusión, conviene comenzar por distinguir las diversas facetas del problema, pues la polémica sobre la jurisprudencia económica de la Corte plantea cuatro interrogantes, que se encuentran interrelacionados pero que son diversos. En primer término, un problema de fundamentación: ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? En segundo término, uno que es institucional: ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? En tercer término, existe un problema hermenéutico: ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica, o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? Y finalmente uno empírico, referido al trabajo de la Corte: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones?

---

<sup>3</sup> Este texto es en el fondo una renuncia explícita a entrar en un análisis de los aspectos jurídicos de la jurisprudencia de la Corte. Eso no es un defecto sino una opción metodológica perfectamente válida, pero que mantiene la separación entre las discusiones jurídicas y los análisis económicos. Infortunadamente, en textos posteriores, los análisis de Kalmanovitz sobre el trabajo de la Corte Constitucional han perdido mucho rigor, pues su crítica ya no se basa en un estudio sistemático de la labor de ese tribunal sino en comentarios efectistas hechos a partir de citas descontextualizadas de las sentencias de ese tribunal. Así, en su artículo publicado en “Lecturas Dominicales” de *El Tiempo* el 11 de diciembre de 2000, Kalmanovitz invoca una referencia que hizo una sentencia de la Corte a una encíclica papal para concluir que ese tribunal recurre al Vaticano para construir su visión de la moral social. Sin lugar a dudas, la referencia de esa sentencia a un documento de la Iglesia Católica fue desafortunada, pues la Constitución establece la igualdad entre todas las confesiones religiosas; pero igualmente desafortunada es la conclusión que intenta establecer Kalmanovitz a partir de ese párrafo, y que ignora la línea básica de la jurisprudencia de la Corte en materia de igualdad y libertad religiosas, que llevó a ese tribunal a anular todas las prerrogativas de la Iglesia Católica (Kalmanovitz, 1999).

Todos estos problemas son interesantes e importantes, pero el debate sobre la fundamentación tiene una prioridad lógica y metodológica, pues si concluimos que no es legítimo que la justicia constitucional intervenga en la economía, las otras preguntas pierden mucha de su relevancia. Por ello, mi trabajo se centra en discutir si es legítimo y conveniente que exista un control judicial de constitucionalidad de los procesos económicos. El artículo comienza entonces por reseñar las principales razones que algunos estudiosos aducen en contra del control constitucional de la economía, para luego intentar responder a cada una de ellas, y mostrar así las posibilidades y los límites de la intervención de los jueces constitucionales en esa esfera.

## **LAS CRÍTICAS A LA INTROMISIÓN JUDICIAL EN LA ECONOMÍA**

Según algunos analistas, los tribunales constitucionales no deben conocer de asuntos económicos, por muchas razones que pueden ser englobadas en algunas objeciones básicas.

Un primer tipo de críticas cuestiona la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, por lo cual su intervención produce malas políticas económicas. Según estas objeciones, los jueces no son expertos en estos temas y, por ende, el riesgo de que los jueces se equivoquen es muy alto, debido a su falta de conocimientos técnicos en la materia.

Directamente ligado a lo anterior, otras críticas cuestionan la tendencia de los jueces a ser “botaratas”, en la medida en que no tienen en cuenta las restricciones presupuestales, ya que no les corresponde la difícil tarea de cobrar los impuestos y obtener los recursos para financiar las políticas sociales. Permitir entonces que los tribunales intervengan en la política económica y decreten gasto sería entonces inconveniente, pues podría conducir a una suerte de “populismo judicial”.

Según estos planteamientos, estos riesgos son mayores en los países del Tercer Mundo, con escaso desarrollo de las fuerzas productivas, como Colombia, pues hoy en día, en general, las intervenciones judiciales en las decisiones económicas pretenden realizar los derechos sociales, lo cual implica casi siempre erogaciones presupuestarias importantes; sin embargo, en estos países, la posibilidad de financiar efectivamente la satisfacción de la totalidad de los derechos sociales es todavía muy precaria, por lo cual son aún más altos los peligros de que caigamos en un populismo judicial, que tenga efectos macroeconómicos desastrosos. Jugando con las palabras, se podría concluir que, al decidir estos casos económicos, los jueces “fallan” mucho, y que en los países subdesarrollados, sus “fallos” son aún mayores.

Un tercer tipo de críticas se funda en la filosofía democrática y participativa, pues parte de la idea de que, en las democracias, los parlamentos y los gobiernos

son quienes tienen derecho a decidir sobre el modelo económico del país y sobre la orientación del gasto público, pues al fin y al cabo para eso fueron electos por las mayorías políticas. La intervención judicial en la economía sería entonces antidemocrática, pues los tribunales constitucionales, compuestos por jueces no electos, impondrían su filosofía económica y arrebatarían a las mayorías el derecho que éstas tienen de tomar las opciones básicas sobre el desarrollo social y económico de un país.

Directamente ligado a lo anterior, un cuarto tipo de reparos considera que la intervención de las cortes constitucionales en la economía desfigura y deslegitima la función de las constituciones en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas. Según estas perspectivas, la anulación por el juez constitucional de determinadas decisiones económicas implica una inevitable “constitucionalización” de un cierto modelo de desarrollo, pues el tribunal estaría señalando que algunas estrategias económicas no caben dentro del ordenamiento jurídico o que, a veces, sólo una determinada política es posible, lo cual tiene dos efectos perversos: de un lado, introduce una excesiva rigidez en el manejo económico, pues para modificar una estrategia económica podría ser necesaria una muy dispendiosa reforma constitucional y, de otro lado, la exclusión por el juez constitucional de ciertas opciones económicas, que pueden ser apoyadas por grupos importantes de la población, implica que esos sectores sociales pueden a su vez sentirse excluidos de la constitución, que pierde entonces apoyo y legitimidad social. La constitución dejaría de ser un marco pluralista, en donde caben la mayor parte de opciones y modos de vida de los ciudadanos, para convertirse en la expresión de ciertas doctrinas económicas y ciertos modelos de desarrollo: aquellos que son más apreciados por los magistrados.

Un quinto tipo de críticas se basa en consideraciones de seguridad jurídica y argumenta que la intervención de los jueces constitucionales en esta esfera pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones, pues en cualquier momento una ley podría ser anulada por razones de constitucionalidad, muchas veces con efectos retroactivos. Esta inseguridad jurídica tendría graves efectos sobre el desarrollo pues aumenta considerablemente los costos de transacción y desestimula la inversión, ya que los agentes económicos no logran conocer con exactitud cuáles son las reglas jurídicas aplicables.

Un sexto tipo de críticas invoca los efectos perversos que esas injerencias judiciales en la economía tienen sobre el sistema político y sobre la administración de justicia. Así, según estas objeciones, la intromisión de los tribunales en las políticas económicas erosiona la participación democrática, puesto que los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales. Además, esta “judicialización” de la política económica acarrea casi inevitablemente una “politización” –en el mal sentido del término– de la justicia, pues los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de

los actores políticos, lo cual afecta la independencia judicial y desestabiliza en forma profunda el papel del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas del juego democrático. Igualmente grave, según estas perspectivas, es que este proceso puede comportar una sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden y para las cuales carece de los medios técnicos y materiales necesarios. Así, la transferencia de la resolución de los problemas económicos a los jueces, y en especial al tribunal constitucional, puede terminar por afectar la legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos.

Estas críticas, que he reseñado brevemente, no son para nada deleznales, pues se basan en argumentos teóricos razonables y en experiencias históricas desafortunadas. Así, es indudable que en general los jueces, por su formación profesional, no suelen ser expertos en el manejo de las variables económicas y tienden a ignorar las consecuencias financieras de sus fallos.

Además, es cierto que a veces los tribunales constitucionales han tenido intervenciones antidemocráticas, ya que han bloqueado, o al menos obstaculizado durablemente los cambios económicos, invocando filosofías personales o argumentos formalistas, para anular políticas económicas masivamente apoyadas por la ciudadanía y por los órganos de elección popular. El ejemplo clásico, pero no el único, fue la actitud de la Corte Suprema de Estados Unidos en las primeras décadas de este siglo; así, entre 1905 y 1937, ese tribunal anuló leyes que establecían salarios mínimos o jornadas máximas de trabajo, con el argumento de que violaban la libertad contractual, con lo cual entorpeció la puesta en marcha de políticas sociales, y en especial el desarrollo del *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt (Tribe, 1998; Sunstein, 1993). El caso más célebre, por cuanto simboliza este proceso, fue *Lochner v. New York* de 1905, en donde la Corte anuló una ley de ese Estado que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, con lo cual la jurisprudencia dio preferencia al liberalismo económico sobre los criterios de las mayorías, el pluralismo económico y la búsqueda de la igualdad social. En esa época, el activismo judicial de dicho tribunal en materia económica se acompañó de una pasividad y complacencia sorprendentes en materia de eventuales violaciones a los derechos civiles. Así, mientras anulaba las leyes de intervención económica, por supuestamente afectar la libertad contractual, la Corte Suprema defendía la constitucionalidad de las leyes que establecían la segregación racial en el sur de Estados Unidos, por cuanto consideraba que éstas no desconocían la igualdad, en virtud de la tristemente célebre doctrina de “separados pero iguales”, desarrollada en el caso *Plessy v. Ferguson* de 1896. Y eso que Estados Unidos había vivido una guerra civil que estuvo en gran parte motivada por la idea de abolir la esclavitud y lograr una mayor igualdad entre las razas. No siempre los tribunales constitucionales han sido entonces paladines de la justicia, por lo cual, los ciudadanos no pueden depositar ciegamente en ellos toda su confianza para la construcción de un mundo justo. Es



más, muchos analistas consideran que los jueces en general, y en especial los tribunales constitucionales, pueden ser muy poderosos para bloquear, de manera durable, las tentativas de progreso social, mientras que su eficacia para producir reformas emancipatorias es muy limitada (Rosenber, 1993: 5 y ss, y 336 y ss).

En ese mismo orden de ideas, también creo que los críticos aciertan en señalar que una judicialización excesiva de la política económica, y de la política en general, puede ser muy negativa para la dinámica democrática y para el propio aparato judicial, pues no sólo puede generar un exceso de expectativas en las posibilidades de que unos tribunales providenciales materialicen la justicia social sino que, además, acentúa la desmovilización ciudadana. Y ambas cosas son perjudiciales para la administración de justicia y el desarrollo democrático, de suerte que las victorias democráticas de los movimientos progresistas ante la justicia constitucional terminan por ser muchas veces ilusorias, pues la decisión judicial conduce a la pasividad ciudadana, y los tribunales no tienen los medios necesarios para poner en marcha las reformas sociales.

Los riesgos de un gobierno de los jueces, en especial en el ámbito económico, y sus efectos perversos sobre el desarrollo, la democracia y la legitimidad de la constitución, no son entonces meramente hipotéticos, por lo cual muchos países han tendido a limitar el papel de la justicia constitucional en este campo. Así, en Estados Unidos, en los años treinta, luego de vigorosas críticas por parte de la opinión pública y de amenazas del presidente Roosevelt de modificar la composición de la Corte Suprema, ese tribunal varió, a partir del caso *West Coast Hotel Co v. Parrish* de 1937, su jurisprudencia en materia de libertad contractual y reconoció la posibilidad que tenían las mayorías democráticas de establecer normas diversas para la intervención estatal en los procesos económicos. En la práctica, después de esa verdadera "revolución constitucional", como la denominan algunos autores, la Corte Suprema asumió entonces los criterios del juez Oliver Holmes, quien en su célebre voto disidente en el caso *Lochner* de 1905, había indicado que "la constitución no pretende adoptar una particular teoría económica, sea ésta paternalista, o de una relación orgánica entre los ciudadanos y el Estado, o del *laissez faire*". Según Holmes, la función de un juez constitucional no es determinar la corrección de una determinada política o doctrina económica pues, en una democracia, las mayorías tienen derecho a experimentar y a convertir sus opiniones económicas en ley, y las constituciones están hechas para personas con puntos de vista muy diferentes. A partir de esa sentencia, la Corte Suprema de Estados Unidos se ha abstenido, casi totalmente, de cuestionar las políticas económicas de los órganos políticos.

Igualmente, y tal vez orientada por esa evolución estadounidense, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas consideran que la Carta de Bonn es "neutra" desde el punto de vista económico, a fin de permitir al legislador que elabore la estrategia de desarrollo que a su juicio sea la más adecuada. Por ello, el control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre la orientación de esas políticas ha sido

muy escaso (Papier, 1996: 561 y ss). En España, también el sector mayoritario de la doctrina, y las orientaciones básicas de la jurisprudencia constitucional, consideran que la Constitución de 1978 no incorpora un modelo económico específico sino que es un texto abierto en esta materia, por lo cual son posibles políticas distintas, e incluso contradictorias (Asenjo, 1984; Bassols, 1985).

Existen pues críticas poderosas a la intervención de los tribunales constitucionales en la economía. ¿Significa lo anterior que debemos entonces suprimir a la Corte Constitucional colombiana cualquier posibilidad de entrar a examinar la legitimidad de las decisiones de política económica, tal y como lo han sugerido algunos representantes gremiales?<sup>4</sup> ¿O que esta competencia debería estar radicada en una sala económica especial, como lo han planteado otros críticos? No lo creo, pues las objeciones anteriores, a pesar de que son relevantes, y no pueden ser ignoradas, no son contundentes, como intentaré mostrarlo a continuación.

## **LA INCAPACIDAD TÉCNICA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES**

Comencemos entonces con las críticas sobre la incapacidad técnica de los tribunales constitucionales para decidir asuntos económicos, pues creo que son las más fáciles de responder, a pesar de que pueden ser aparentemente las más efectistas. Así, el argumento sobre la falta de conocimientos económicos de los jueces es fácilmente rebatible, pues en derecho existen los peritos, las audiencias y los conceptos técnicos, precisamente para que los tribunales se familiaricen con los alcances de los temas que no conocen, sean éstos económicos o de otra naturaleza. Y si se acepta que un juez puede decidir un homicidio con base en un concepto médico, o un asunto contractual a partir de un peritazgo arquitectónico o químico, o una discusión sobre derechos de las comunidades indígenas tomando en cuenta análisis antropológicos, ¿por qué no podrá pronunciarse sobre un asunto financiero o sobre una política macroeconómica? ¿Cuál es la especial dificultad de la ciencia económica frente a otras disciplinas, igualmente complejas, como la medicina, la ingeniería o la antropología? No parece que exista, como lo demuestran los permanentes pronunciamientos de los jueces y tribunales en otros países sobre complejas materias económicas. Así, si quisiéramos un ejemplo reciente, bastaría recordar la decisión, en noviembre de 1999, en Estados Unidos, del juez federal Thomas Penfield Jackson, quien señaló que la empresa Microsoft, del poderoso Bill Gates, tiene un control monopólico de los sistemas operativos y ha abusado de ellos en perjuicio de los consumidores. Esta intervención judicial podría

---

<sup>4</sup> Así, según Jorge Humberto Botero, presidente de Asobancaria, es necesario "adoptar un modelo que limite ese superpoder que hoy tienen los magistrados y que amenaza el normal curso de la economía nacional" (*El Espectador*, julio 6 de 1999).

llevar al fraccionamiento obligado de la más poderosa empresa del mundo, en el más estratégico de los sectores, como es la informática y la internet.<sup>5</sup>

Con todo, podría objetarse que el anterior ejemplo no es relevante, ya que en ese caso, el juez no retiró del ordenamiento jurídico una disposición legal de contenido económico, sino que se limitó a aplicar sus mandatos, mientras que las críticas a la Corte derivan de que ésta ha anulado, o incluso modificado, el alcance de las políticas económicas y de las normas financieras aprobadas por el Congreso o por el gobierno. Pero ese reparo tampoco es admisible, por cuanto en derecho comparado no es inusual que los jueces constitucionales controlen las leyes de contenido económico. En este campo, el ejemplo tal vez más impactante es el Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, que tiene como uno de sus cometidos esenciales la tarea de controlar que las legislaciones de los países de la Comunidad, y las decisiones de los jueces nacionales, se adecuen a las normas comunitarias, las cuales han tenido esencialmente un contenido económico. Ese tribunal puede entonces ser caracterizado como una especie de Corte Económica Internacional.<sup>6</sup> Pero el anterior no es el único caso de una incidencia decisiva de los jueces en asuntos económicos complejos y de gran trascendencia. Así, el Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, en la sentencia 103 de 1983, consideró que era contrario a la Constitución un modelo de seguridad social basado en la compensación del daño, y lo sustituyó por uno fundado en la protección frente a la necesidad o la pobreza económica (Prieto Sanchís, 1995:40). Por su parte, el Consejo Constitucional en Francia, uno de los países más temerosos al “gobierno de los jueces”, tuvo una intervención importante en el control de las nacionalizaciones adelantadas por el gobierno socialista en 1981, pues en la sentencia del 16 de enero de 1982 declaró la inconstitucionalidad de las normas que regulaban el cálculo de las indemnizaciones, por desconocer el derecho de propiedad (Falcon, 1990: 51). Igualmente, el tribunal constitucional austriaco, en sentencia del 24 de enero de 1997 anuló, por violar la igualdad, una norma que obligaba a ciertas sociedades a realizar pagos anticipados en relación con el impuesto de sociedades. Los efectos fiscales de esa sentencia para solo 1996 fueron de casi 400 millones de chelines y, según los analistas, “las repercusiones indirectas que las consideraciones de la sentencia en relación con el principio de igualdad pueden tener en la promulgación de nuevas leyes tributarias no pueden ser estimadas ni siquiera aproximadamente” (Schaffer,

---

<sup>5</sup> Ver al respecto la edición de *Time* del 12 de noviembre de 1999, pp. 5 y ss. Ver igualmente *Time*, mayo 5 de 2000, en donde se evalúan los distintos posibles desarrollos prácticos de este caso.

<sup>6</sup> Retomo ese ejemplo de la charla dictada en la Universidad de los Andes, el 23 de marzo de 1999, por Manuel José Cepeda sobre temas relacionados con el control judicial de la actividad económica.

1998: 44). ¿Podemos entonces seguir sosteniendo que el mundo de la economía y de los negocios no debe estar contaminado por el derecho constitucional y por las decisiones judiciales?

Además, el argumento de la falta de conocimientos económicos por parte de los jueces conduce a resultados antidemocráticos, pues tampoco los parlamentarios ni los ciudadanos suelen ser peritos en esta materia. ¿Significa entonces que las decisiones macroeconómicas deben ser sustraídas del debate ciudadano y radicadas en el cuerpo selecto de los sabios que conocen de estas materias, como el FMI o el Banco de la República? No parece tampoco razonable.

En síntesis, es cierto que la teoría económica no siempre es un asunto fácil, ya que las dinámicas sectoriales y los procesos macroeconómicos a veces son muy complejos, y su lógica puede incluso vulnerar el sentido común. Así, para quien no ha trabajado mínimamente esas materias, puede parecer incomprensible que un hecho aparentemente afortunado para un país –como puede ser el descubrimiento de enormes reservas petroleras– pueda tener efectos negativos en virtud de la llamada “enfermedad holandesa”, que tiende a generar economías rentistas y a afectar desfavorablemente al sector industrial nacional. Es cierto también que las explicaciones de algunos economistas complican, más allá de lo necesario, la presentación de esos fenómenos. Sin embargo, eso no significa que los mecanismos económicos sean incomprensibles, puesto que un buen concepto académico permite que una persona razonable –como se espera que sean los jueces– entienda la dinámica básica de esos procesos. Así, volviendo a nuestro ejemplo de la “enfermedad holandesa”, no se necesita ser Einstein para entender que un incremento súbito y masivo de las exportaciones de petróleo, que no sea adecuadamente controlado por las autoridades económicas, genera un ingreso considerable de divisas, que tiende a sobrevalorar la moneda local, lo cual favorece las importaciones y disminuye la competitividad de las exportaciones nacionales, y puede por ende tener efectos negativos para la industria nacional que trabaja en bienes “transables”, esto es, vinculados al mercado internacional.

Es pues válido exigir de los jueces que tomen en cuenta los conocimientos especializados de las materias sobre las cuales van a tomar una decisión. Pero una cosa es exigir esa consulta a expertos, y otra muy diferente es sostener que los jueces sólo pueden decidir en las materias en que sean ellos mismos especialistas, por lo cual la Corte Constitucional colombiana no puede conocer de asuntos económicos y debería existir una sala económica para esas materias. Si esa crítica fuera válida, entonces debería también ponerse en funcionamiento una “sala médica” para estudiar los derechos de los pacientes, una “sala antropológica” para decidir los casos de comunidades indígenas, e incluso, como dijo irónicamente en una entrevista radial uno de los magistrados de la Corte Constitucional, una “sala cuna” para analizar los casos de los derechos de los niños. Esa fragmentación de la justicia constitucional aumentaría considerablemente la inseguridad jurídica, pues no existiría un órgano de cierre, con la facultad de unificar la interpretación de la Constitución.

Por último, conviene destacar que el control constitucional de las políticas económicas puede tener efectos positivos en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje que sea accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. De esa manera, la población tiene también oportunidad de entender mejor cuáles son las razones éticas, políticas y económicas que justifican determinadas decisiones públicas, lo cual estimula la democracia, pues incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política.

### **EL “POPULISMO” Y LA INSENSIBILIDAD DE LOS JUECES FRENTE A LAS CONSECUENCIAS DE SUS DECISIONES**

Las objeciones por la falta de conocimientos económicos de los tribunales no son entonces convincentes. En ese mismo contexto, la crítica basada en la falta de sensibilidad de los jueces por las consecuencias financieras de sus fallos es en parte válida, pero insuficiente, pues desconoce ciertas particularidades de la función judicial y el papel del derecho en una sociedad democrática.

Así, es indudable que una decisión judicial deja de ser adecuada, por bien fundamentada que se encuentre a nivel normativo, si tiene resultados catastróficos en la práctica. Los buenos jueces no pueden entonces ignorar totalmente los posibles efectos de sus decisiones, por lo cual, en todos los campos, y en especial en materia económica, es razonable que los tribunales presten consideración a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación. Y tal fue precisamente la razón por la cual la sentencia C-700 de 1999 decidió mantener por algunos meses el sistema UPAC, a pesar de considerar que era inconstitucional, con el fin de evitar vacíos normativos capaces de generar graves traumatismos económicos. Dijo entonces la Corte que era necesario consagrar un plazo para permitir que la ley “establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable”. Sin embargo, esa prudencia judicial de la Corte Constitucional fue criticada por ciertos comentaristas, e incluso por algunos de los magistrados que aclararon su voto, quienes consideraron que era lógicamente inconsistente, y contrario a sus funciones, que la Corte decidiera mantener en el ordenamiento una disposición que era inconstitucional, por lo cual la sentencia debió declarar su inexecutable, sin importar las consecuencias. Como vemos, si la Corte declara la inmediata inconstitucionalidad de una norma económica, entonces se la critica por no tener en cuenta los efectos de esa decisión; pero si, debido a las consecuencias traumáticas de una inexecutable inmediata, la Corte decide mantener temporalmente en el ordenamiento una disposi-

ción, que ha constatado que es inconstitucional, se la cuestiona por no cumplir sus funciones de guardiana de la supremacía de la constitución. Como dice el dicho, “palo porque bogas y palo porque no bogas”.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Ver por ejemplo el artículo de Alfonso López Michelsen en *El Tiempo*, el 3 de octubre de 1999, en donde afirma que “mal puede la Corte mantener la vigencia de una disposición inconstitucional, cuando su misión es la guarda de la Constitución y, precisamente, si hay determinación, es sobre por cuál de los dos conceptos se opta: si la ley es inconstitucional, para no aplicarla, o si es constitucional, para mantenerla.” En el mismo sentido, ver la aclaración de voto de los magistrados Alfredo Beltrán y José Gregorio Hernández a esa sentencia C-700 de 1999, en donde arguyen que “riñe con la lógica jurídica que lo que es inconstitucional prolongue su existencia en el tiempo con posterioridad al fallo en el que así se declara por esta Corporación.” A pesar de su aparente fuerza, estas críticas son infundadas y desconocen el derecho constitucional contemporáneo, que admite las constitucionalidades temporales, o lo que es lo mismo, las inconstitucionalidades diferidas. Además, estas objeciones se basan en una confusión conceptual. Una cosa es que el juez constitucional precise si una norma legal viola o no la constitución, que es un acto de conocimiento, y otra que decida declarar su inexecutable, anularla, o retirarla del ordenamiento, que es una decisión. Como dirían algunos filósofos, como Austin, la constatación de la contradicción entre la ley y la constitución es un acto en donde el lenguaje juega una función puramente descriptiva, mientras que en la declaración de inexecutable estamos frente a un acto “performativo”, pues el juez transforma el mundo jurídico con su pronunciamiento. Por ende, no existe ninguna contradicción en que un juez constitucional constate la incompatibilidad de la disposición acusada con la constitución, pero decida no anularla, como lo ha hecho, en innumerables ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán, quien precisamente distingue entre la verificación de la contradicción de una ley con la constitución, o “inconstitucionalidad simple”, y la decisión de anularla (Schlaich, 1992: 192 y ss). ¿Y por qué recurre el tribunal alemán a esa distinción? Precisamente para tener en cuenta los efectos de las sentencias, pues ¿qué sucede si el juez constitucional concluye que una norma es inconstitucional, pero su anulación inmediata genera una situación peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, que preservar la disposición en el ordenamiento? ¿Debe el tribunal anular la norma, a pesar de esos efectos de la decisión? No es razonable, pues estaría generando una situación constitucionalmente más crítica. ¿Debe entonces declararla constitucional? No es procedente pues la norma es en sí misma inconstitucional. En tales casos, la única alternativa parece ser la constitucionalidad temporal, o la inconstitucionalidad diferida, a fin de permitir que el legislador modifique, en un plazo prudencial, la disposición inconstitucional. Por ello, en la sentencia C-221 de 1997, en donde estudió *in extenso* los fundamentos y la necesidad de este tipo de sentencias, la Corte concluyó que esa situación explica “la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales”.

Es pues válido que se exija de los jueces una cierta valoración de los eventuales efectos de las sentencias. Sin embargo, en un régimen que reconoce los derechos de la persona, una cierta insensibilidad de los jueces por las consecuencias –financieras o políticas– de sus decisiones es también recomendable, pues implica que existe una autoridad estatal –el juez– que estará dispuesta a proteger ciertos valores, sin importar que su decisión sea impopular o cueste mucho al erario público. En eso consiste precisamente la independencia judicial, que es una de las grandes conquistas del Estado de derecho. O imaginen ustedes en qué quedarían los derechos humanos, si los jueces se abstuvieran de proteger al inocente, por el temor a las reacciones sociales por un fallo absolutorio, o de condenar al Estado por el daño ocasionado por sus agentes, por los efectos financieros negativos de esa decisión sobre el equilibrio fiscal.

El siguiente es un ejemplo, entre muchos otros, ilustrativo de las bondades que significa para el Estado democrático que los jueces tengan una cierta insensibilidad financiera: en Estados Unidos, en numerosas oportunidades, los jueces y tribunales han decretado órdenes para mejorar las condiciones de las prisiones a fin de que éstas se adecuen a estándares mínimos de dignidad humana. Esa intervención judicial, a pesar de que supone un gasto público considerable, ha sido considerada necesaria, por cuanto la sociedad y el sistema político no parecen desvelarse mucho por la suerte de los presos, quienes carecen de voto, son políticamente impopulares y son vistos como una amenaza para la sociedad. ¿Quién podría entonces interesarse en su suerte? En tal contexto, como lo señaló el juez Brennan de la Corte Suprema de ese país, “las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar condiciones inhumanas”. ¿Y por qué ese papel? La respuesta de Brennan es ilustrativa: “aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las condiciones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo.”<sup>8</sup>

Lo anterior muestra que si los jueces decidieran exclusivamente tomando en cuenta las consecuencias eventuales de su determinación, entonces dejarían de ser jueces independientes para convertirse en órganos políticos, y el derecho perdería todo su sentido como instancia normativa de cohesión social. En efecto, defender que los jueces tomen sus decisiones con criterios puramente “consecuencialistas”, esto es, basados únicamente en los eventuales efectos del fallo, puede conducir a una politización extrema de la administración de justicia, con graves efectos sobre la seguridad jurídica y sobre los derechos individuales, por las siguientes tres razones: de un lado, como lo sabe cualquier sociólogo o economista

---

<sup>8</sup> Ver su voto concurrente en el caso *Rhodes v. Chapman*, 452 U.S. 337 (1981). En ese voto, Brennan relata las condiciones inhumanas de muchas prisiones estadounidenses, y los esfuerzos judiciales por mejorar esas condiciones.

que haya estudiado un poco el tema, conocer con precisión los efectos sociales de una decisión judicial es, en muchos casos, no sólo una labor muy ardua, sino que conduce a conclusiones encontradas entre los investigadores. Así, y retomando el ejemplo del fallo del juez federal Jackson sobre Microsoft, muchos economistas están en desacuerdo sobre su impacto en los consumidores; para algunos, esa decisión estimula la competencia y debería entonces favorecer a los usuarios por la disminución de precios y la oferta de productos diversificados, mientras que otros argumentan que el dominio del mercado de Microsoft había tenido un efecto positivo, ya que había logrado estandarizar los sistemas operativos de las computadoras. Por ende, si las ciencias sociales empíricas no logran ponerse de acuerdo sobre qué podría suceder si un funcionario judicial falla de determinada manera, entonces ¿qué puede hacer el juez que quiera decidir con base en las consecuencias sino basarse en una evaluación subjetiva de lo que pueda acontecer? Por ello, Niklas Luhman ha criticado vigorosamente esta orientación consecuencialista, pues considera que conduce “hacia una sociologización masiva e irreflexiva de la aplicación del derecho, sin que la propia sociología proporcione instrumentos o teorías para ello” (Luhman, 1993:16).

De otro lado, incluso si lográramos determinar con precisión las consecuencias de la decisión, de todos modos el grado de subjetividad judicial sería muy importante ya que, salvo en el mundo ideal de los óptimos paretianos, toda sentencia favorece unos intereses, mientras que afecta negativamente a otras personas. En tales condiciones, ¿cuál es la decisión óptima? No es posible determinarlo sin que exista un juicio de valor, explícito o implícito, sobre cuáles de esos intereses ameritan mayor protección judicial, en el balance global de pérdidas y ganancias.

Con todo, ciertos economistas podrían argumentar que las anteriores objeciones no son válidas, por cuanto en muchos casos existe un amplio consenso académico sobre los posibles efectos de una decisión, y el análisis económico ha ideado herramientas que permiten evaluar si un determinado resultado es mejor que otro, incluso en aquellos eventos en donde hay ganadores y perdedores, por lo cual podría haber análisis consecuencialistas objetivos. Por ejemplo, conforme al llamado criterio Kaldor-Hicks, el paso de la situación A a la B implica un beneficio social, incluso si ha habido personas negativamente afectadas por el cambio, siempre y cuando aquellos que se beneficiaron de la modificación sean potencialmente capaces de compensar a aquellos que fueron perjudicados. Sin embargo, incluso esa metodología más sofisticada no evita los juicios de valor, pues se basa en la capacidad de pago de los sujetos, sin tomar en cuenta los problemas de equidad, con lo cual se introducen distorsiones notables. Así, que A “desea” pagar una cantidad mayor que B por un objeto X no significa que obligatoriamente produzca mayor bienestar social que el objeto quede en manos de A. Puede suceder simplemente que A tiene mucha mayor capacidad de pago que B, y por eso puede



pagar más por el objeto X, aunque B requiera más de él objetivamente.<sup>9</sup> Por eso creo que Guido Calabresi, considerado como uno de los fundadores del llamado análisis económico del derecho, tiene razón cuando concluye que una evaluación puramente consecuencialista de una decisión jurídica, basada en la maximización de la riqueza, no puede ser éticamente neutral.<sup>10</sup>

Fuera de lo anterior, una actitud consecuencialista de los jueces plantea el riesgo de que el sistema jurídico se oriente con criterios puramente utilitarios. Ahora bien, la concepción utilitaria es, para determinadas disputas, una perspectiva interesante de análisis y evaluación, pero en materia de derechos individuales es peligrosa, pues puede conducir a una disolución de esos derechos, a fin de favorecer la consecución de objetivos colectivos que incrementen el bienestar general. Así, con criterios utilitarios, eventualmente habría que considerar correcta la decisión del juez que decide aceptar la tortura de un detenido, por cuanto de esa manera la policía logró desarticular una peligrosa banda de secuestradores, pues el sufrimiento que hubieran podido ocasionar esos delincuentes compensa el dolor ocasionado por el Estado al detenido. Es obvio que esa conclusión resulta inaceptable en una democracia constitucional fundada en la dignidad humana.<sup>11</sup>

Una rama judicial puramente consecuencialista deja entonces de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de normas, pues deviene en un órgano puramente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas. Es precisamente para evitar esa disolución del sistema jurídico que la democracia postula que los jueces deben decidir con base en las pautas normativas del ordenamiento jurídico, pues sólo así se logra una cierta seguridad jurídica. Como dice sugestivamente Luhman, el "ciudadano tiene que prever las decisiones del sistema jurídico. Precisamente por eso la decisión de este sistema jurídico no puede basarse

---

<sup>9</sup> Un ejemplo elemental ilustra esa paradoja. Supongamos, siguiendo un ejemplo de ese autor, que dos personas, una rica y otra pobre, quieren una botella de leche. El pobre la desea desesperadamente y está dispuesto a entregar su último dólar por ella. El rico no desea tomarse la leche pero le parece divertido mirar qué efectos produce la caída de ese líquido en un charco, y por ese gusto estaría dispuesto a pagar dos dólares. Conforme a los criterios Kaldor-Hicks, produce más bienestar que el rico acceda a la leche (Harrison, 1995: 34).

<sup>10</sup> En este punto, Calabresi se distancia considerablemente de otro de los representantes de este movimiento, el juez Richard Posner, quien defiende la supuesta neutralidad valorativa del análisis económico del derecho, en la medida en que éste se funda en la "ciencia" económica. Calabresi objeta que la comparación ética es inevitable, pues la "identidad y el mérito de los ganadores y perdedores se hace esencial" (Hiero, 1994: 15-16).

<sup>11</sup> Sobre las críticas al utilitarismo y la defensa de un razonamiento fundado en derechos, la "teoría de la justicia" de Rawls y "los derechos en serio" de Dworkin siguen siendo obras ineludibles.

a su vez tan sólo en la previsión de sus propias consecuencias. Esto obligaría al ciudadano a prever las previsiones" (Luhman, 1993: 68). Resulta entonces, por lo menos extraño, que muchos economistas que critican la inseguridad jurídica provocada por la Corte Constitucional, tiendan a creer que la solución es que la jurisprudencia tome más en serio los efectos financieros y sociales de los fallos, cuando es muy posible que ese tipo de práctica judicial sea menos segura jurídicamente. Para formularlo de manera paradójica, un análisis consecuencialista parece llevar a la conclusión de que lo mejor es que los jueces no sean consecuencialistas.

En tales condiciones, para que el derecho pueda normativamente regular la vida en sociedad, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus mandatos; por ello, lo propio de un juez es que debe decidir primariamente conforme al derecho vigente, y no de acuerdo con un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión. Esto no excluye una cierta valoración de esos efectos, pero ésta no puede convertirse en el elemento decisivo para la solución de las controversias judiciales. En ese sentido son relevantes las palabras del Tribunal Europeo de Justicia, en la sentencia del 15 de diciembre de 1995, cuando rechazó la solicitud de una de las partes en el proceso, la cual había pedido que no se tomara una determinada decisión, por los graves efectos económicos que ésta tendría. Dijo entonces esa corporación judicial que "las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente" pero que "no puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo".

En síntesis, los jueces no pueden ignorar totalmente los efectos de sus decisiones, pues la actitud de que se debe hacer justicia aunque perezca el mundo no parece razonable en una democracia. Por ello, es necesario que los tribunales constitucionales consulten y escuchen a los expertos y peritos en estas materias y, de ser posible, que cuenten incluso con equipos técnicos capacitados de economistas, que puedan asesorarlos de manera imparcial. Y lo cierto es que en la práctica, la Corte Constitucional colombiana ha tratado de avanzar en ambas direcciones, y no sólo en el campo económico sino en muchos otros temas, como lo muestran numerosas sentencias en donde ha tomado decisiones basándose en amplias consultas a los expertos, y en donde ha evaluado cuidadosamente las eventuales consecuencias de su determinación.<sup>12</sup> Sin embargo, los cálculos consecuenciales, de tipo puramente económico y sociológico, no pueden ser el criterio esencial de la decisión judicial. En ese contexto, la distinción propuesta por Amartya Sen entre un análisis que sea "sensible a las consecuencias" y un análisis "totalmente consecuencialista" resulta muy sugestiva, pues uno de los retos más difíciles e interesantes de una buena dogmática constitucional es incorporar esa dimensión consecuencial, a fin de construir argumentaciones

que sean sensibles a las consecuencias, sin que el derecho se disuelva en un puro cálculo pragmático de los eventuales efectos financieros y sociales de las sentencias (Sen, 1985:136). Y es obvio que éste es un terreno en donde el trabajo interdisciplinario entre juristas y economistas puede ofrecer resultados fecundos, que mejoren la calidad de la argumentación constitucional.

Por todo lo anterior, la acusación de parte de los órganos de dirección económica y de algunos gremios de la producción de que el tribunal constitucional no debe participar en las controversias económicas, porque no comprende la dinámica económica, no deja de evocar el reproche clásico de muchos policías contra los jueces, según el cual, los funcionarios judiciales no deberían inspeccionar la acción policial, porque no comprenden verdaderamente qué es luchar contra la delincuencia. En ambos casos, pareciera que la motivación subyacente es eliminar los controles judiciales a esas actividades. Esto nos lleva pues a estudiar otra objeción contra el control constitucional de la economía, y es la siguiente: ¿qué tan legítima es esa intervención judicial en una democracia?

### **SOBRE EL CARÁCTER ANTIDEMOCRÁTICO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS PROCESOS ECONÓMICOS**

Las críticas sobre el carácter antidemocrático del control constitucional de las decisiones económicas de los órganos legislativos son mucho más profundas y difíciles de responder, ya que remiten a discusiones filosóficas y jurídicas muy complejas. En efecto, esta objeción se funda, en el fondo, en una aplicación, al campo económico, de la llamada "dificultad contramayoritaria", según la sugestiva expresión de Bickel, con la cual se ha querido impugnar la legitimidad del control constitucional en todos los campos (Bickel, 1986). Este cuestionamiento podría ser formulado así: ¿cómo es po-

---

<sup>12</sup> Ver por ejemplo la sentencia C-320 de 1997, fundamentos 15 y 16, en donde la Corte evaluó las consecuencias eventuales de su decisión de limitar el alcance del "pase", o los derechos deportivos. Sobre consultas a expertos, ver la sentencia SU-510 de 1998, relativa a un conflicto entre libertad religiosa y autonomía cultural de la comunidad arhuaca, en donde la Corte consultó una gran cantidad de expertos en el tema. Igualmente, la sentencia SU-337 de 1999, sobre consentimiento informado en casos de hermafroditismo o ambigüedad genital, en donde la Corte consultó a los principales expertos nacionales e internacionales sobre este tema. Y en el tema económico, ver la sentencia C-481 de 1999, sobre el alcance de la autonomía del Banco de la República, en donde la Corte consultó a numerosos expertos y examinó la principal literatura económica sobre la materia, al punto de que, según el prestigioso economista Jorge Iván González, esa sentencia es "una pieza maestra de análisis de las interacciones macro de la política económica", que debería incluirse en "los cursos de macroeconomía aplicada", ya que "resume muy bien el debate nacional e internacional sobre la forma como la actividad monetaria afecta la actividad real" (González, 1999: 133-134).

sible aceptar que en una democracia unas pocas personas, que no fueron electas popularmente, sean capaces de anular las decisiones tomadas por los representantes del pueblo? ¿Es acaso compatible el control constitucional con el principio de mayoría, que es el fundamento democrático de un régimen democrático? O, por el contrario, ¿no implica ese poder exorbitante del tribunal constitucional la incorporación, en nuestras constituciones, de un elemento aristocrático que es incompatible con el principio democrático?

Resulta ingenuo intentar resolver, en unos pocos párrafos, estos arduos interrogantes, que han dado lugar al desarrollo de algunas de las reflexiones más profundas e interesantes en teoría constitucional (Hart, 1982; Elster y Slagstad, 1988; Capelletti, 1984; Nino, 1997, García de Enterría, 1985; Gargarella, 1996). Además, no es procedente entrar de lleno en estas discusiones, pues en la actualidad no se está cuestionando el control constitucional en general –o al menos eso parece– sino únicamente la intervención de la Corte y de los jueces de tutela en el ámbito económico. Sin embargo, no es tampoco posible dejar de lado esta discusión, pues si en general el control judicial de constitucionalidad es antidemocrático, entonces también es ilegítimo en relación con las políticas económicas. Por ello, lo que haré será intentar resumir brevemente las justificaciones más lúcidas del control constitucional, para luego examinar si existen especificidades en el ámbito económico que expliquen la exclusión de la intervención de los jueces constitucionales en tales esferas.

### **La llamada “dificultad contramayoritaria” y una defensa democrática del control constitucional<sup>13</sup>**

Existen tres justificaciones clásicas del control constitucional que fueron formuladas desde los orígenes de esta institución, en el *Federalista* No. 78 de Hamilton y en la célebre sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos *Marbury v. Madison* de 1803, y que fueron retomadas posteriormente por otros autores como Hans Kelsen. De un lado, estos textos argumentan que si la constitución es una norma suprema, o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la desconozcan; y ese papel sólo lo pueden jugar los jueces, o un tribunal constitucional, y no el legislador, ni el jefe de Estado, por cuanto la constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos y en especial al Congreso. De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, esa supremacía de la constitución es considerada necesaria para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, pues si no existiera, o no fuera una norma suprema, el parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de la persona. Y, en tercer término, la constitución contiene los

<sup>13</sup> En este aparte me baso en los textos citados en la nota anterior, y en especial en los trabajos de Nino, aunque no los citaré sistemáticamente para evitar que la exposición sea demasiado engorrosa.

mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes. Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas. Como dice Hamilton en el *Federalista* No. 78, la anulación de las leyes por el tribunal constitucional “no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras”.

Estas justificaciones tienen elementos válidos y sustanciales, que permiten que sigan siendo importantes. Por ejemplo, es indudable que si asumimos que la Constitución es una norma de superior jerarquía, que vincula al legislador, entonces debe haber un control constitucional por un órgano judicial o semijudicial. Así, según Kelsen, sólo la existencia de un tribunal constitucional con esas características asegura la vinculación del legislador a la constitución pues, como dice el jurista vienés, “no es, pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución”, por lo cual hay que concluir que “una constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico” (Kelsen, 1988: 129 y 150). Sin embargo, un examen crítico muestra que esas justificaciones clásicas son insuficientes. Así, el argumento sobre la fuerza normativa de la constitución y su supremacía no resuelve el problema sino que simplemente lo desplaza, pues inevitablemente surgen nuevos interrogantes: ¿por qué las constituciones deben ser consideradas normas y por qué tienen que tener una fuerza normativa superior a la de las leyes? ¿No es acaso más democrático considerarlas simplemente documentos políticos que guían la acción de los órganos políticos, a fin de permitir que las mayorías puedan gobernar sin ataduras?

Por su parte, el argumento relativo al gobierno limitado es también discutible, por cuanto el control judicial de constitucionalidad convierte a los jueces constitucionales en órganos supremos del ordenamiento, ya que son depositarios de la última palabra sobre el alcance de la norma fundamental, con lo cual devienen, en cierta medida, en un órgano jurídicamente infalible. Así, el juez Jackson de la Corte Suprema de Estados Unidos decía explícitamente: “No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra”.<sup>14</sup> Nuevas preguntas surgen entonces: ¿quién garantiza que el tribunal constitucional no se

---

<sup>14</sup>Ver su voto concurrente en el caso *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

desborde a su vez, con lo cual el gobierno deja de ser limitado? ¿Y por qué no considerar que la soberanía del parlamento asegura mejor que el control constitucional los derechos de las personas y el carácter limitado del gobierno? Y si de todos modos va a existir un órgano supremo ¿no es mejor que sea el parlamento, que tiene origen democrático, y no el tribunal constitucional, que carece de esa legitimación? Al fin y al cabo, podría aducir un demócrata: “al menos a los congresistas podemos no reelegirlos, si no nos gusta lo que hacen ¿pero qué podemos hacer con los jueces del tribunal constitucional?”

Finalmente, la justificación de Hamilton, basada en la idea de que el juez constitucional se limita a expresar la voluntad del pueblo contenida en la constitución, es cuestionable desde tres puntos de vista: (i) no es históricamente claro que las asambleas que hacen las constituciones sean más democráticas que los congresos que hacen las leyes, ni existe ningún mecanismo que permita concluir que en estas asambleas se manifiesta el pueblo, mientras que en las legislaturas operan únicamente sus representantes; (ii) incluso si aceptáramos que la constitución efectivamente fue obra del pueblo (por ejemplo, porque fue aprobada por un referéndum), ¿cuál es la razón para que generaciones posteriores deban ajustarse a los mandatos de una constitución que no tuvieron la oportunidad de aprobar?; y (iii), la tesis de Hamilton supone que una constitución tiene un sentido inequívoco y no está sujeta a controversias, pues si el texto implica debates hermenéuticos, y existen interpretaciones disímiles y contradictorias sobre su alcance, como suele suceder, entonces resulta difícil sostener que el tribunal constitucional lo único que hace es ejecutar la voluntad popular constituyente.

Las defensas clásicas, sin ser irrelevantes, no son concluyentes. Sin embargo, eso no significa que no exista una posibilidad de fundamentar democráticamente el control constitucional, por cuanto existen justificaciones contemporáneas que son mucho más convincentes. Ellas reposan, a mi juicio, sobre dos ideas elementales, pero profundas y complementarias: los “defectos” y las “paradojas” del principio de mayoría, y la importancia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas.<sup>15</sup>

Así, en primer término, la democracia no puede ser concebida simplemente como el gobierno omnímodo de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce a una anulación de la propia democracia. En efecto, supongamos que una mayoría política ocasional aprueba una norma en virtud de la cual delega todo el poder en un dictador, o establece que las leyes aprobadas por esa mayoría no podrán ser cambiadas en el futuro. ¿Debemos aceptar esa decisión por ser expresión del principio de mayoría?

---

<sup>15</sup> El lector atento notará que, aunque no sigo literalmente sus textos, mis deudas teóricas con Ely y Nino, y en especial con este último, son enormes. Y es que no pretendo ser original sino simplemente incorporar al debate colombiano unas reflexiones muy sugestivas pero que, infortunadamente, no son suficientemente conocidas en nuestro medio.

No parece posible, por cuanto esa determinación acaba con la operatividad futura de ese principio democrático. Por consiguiente, existen algunas cosas que no pueden ser decididas por el principio de mayoría, pues si lo permitimos, corremos el riesgo de que ese principio se anule a sí mismo, por cuanto una mayoría ocasional trataría de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales, o imponiendo el silencio a sus oponentes. Hay pues aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso democrático, por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, ya que representan el presupuesto de funcionamiento del principio de mayoría.

La democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, deben entonces admitir que no deben tocar ciertos temas, a saber: aquellos que definen el proceso democrático. Por ello, como sugiere un analista, si la democracia quiere preservar sus manos –esto es, subsistir como democracia– debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que ciertos asuntos, y en especial las reglas del juego democrático, quedan sustraídas del debate democrático (Holmes, 1998: 232). Y esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, estos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático, y deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir. Y como es obvio, ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas; debe ser un órgano independiente, esto es, algo parecido a un tribunal constitucional, sin importar el nombre que se le dé. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático.

La anterior justificación del control constitucional se vincula además a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrática. La idea es que muchos de esos derechos son en primer término presupuestos procesales del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantiza la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. La existencia de esos derechos es pues un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse. Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es además necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Los derechos fundamentales representan entonces esos bienes que se consideran indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos dere-

chos aparecen también como una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático. Por ende, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. Esto explica la sugestiva idea de Ronald Dworkin según la cual, los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar (Dworkin, 1984). Es pues lógico que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el tribunal constitucional. En tal contexto, si los derechos fundamentales son, y perdonen la redundancia, fundamentales para la democracia, entonces es obvio que al asegurar su realización, el juez constitucional cumple una función democrática esencial.

Las reflexiones precedentes conducen finalmente a otra conclusión, que constituye una tercera justificación del control constitucional, y es la siguiente: la democracia, para que conserve aquellos elementos por los cuales es un régimen digno de ser respetado y obedecido, no puede ser tampoco pensada como un gobierno de las mayorías en beneficio de las mayorías; la democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto en materias complejas y en organizaciones numerosas es imposible alcanzar el consenso, que parece ser el único criterio de justicia aceptable en nuestras sociedades pluralistas. El principio de mayoría opera entonces como una especie de consenso imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión. Pero esto no significa que las mayorías que controlan el Parlamento puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí se decretan, mientras que descargan sus costos en aquellas minorías que no pueden acceder al poder, puesto que la idea del consenso, que es la que justifica el principio de mayoría, implica que es justa aquella decisión que toma en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia no es entonces una tiranía de la mayoría sino un régimen basado en el principio de mayoría pero que debe procurar satisfacer igualmente los intereses de todos. Las mayorías tienen entonces el derecho de optar por determinadas políticas, siempre y cuando esas estrategias tomen en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados. Por ende, también debe existir un órgano que asegure la imparcialidad de los resultados del proceso democrático. Y, por las mismas razones que señalé, esta institución debe ser independiente de las mayorías, esto es, debe ser algo como un tribunal constitucional.

Conforme a lo anterior, y utilizando la terminología sugerida por Luigi Ferrajoli, aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática



formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático (Ferrajoli, 1985: 855 y ss). El control judicial de constitucionalidad tiene entonces una amplia justificación democrática. Esto explicaría que la tendencia dominante a nivel mundial es la existencia de alguna forma de justicia constitucional, en general por medio de la introducción de cortes especializadas en la materia: los tribunales constitucionales.<sup>16</sup> Esto no significa, sin embargo, que cualquier intervención del juez constitucional sea legítima, puesto que si desborda estas funciones de protección del proceso democrático y garantía de los derechos humanos, entonces su actividad es cuestionable en términos democráticos. Una cosa es entonces defender democráticamente cierta forma de control judicial de constitucionalidad, que es lo que he intentado hacer en los párrafos precedentes, y otra muy diferente respaldar ciegamente toda intervención de los jueces constitucionales. Una obvia pregunta surge: ¿tiene la regulación de la economía ciertas especificidades que justifican que se excluya al juez constitucional de este campo?

### **La especificidad del ámbito económico y el problema de la “justiciabilidad” de los derechos sociales**

Algunos críticos podrían compartir las anteriores consideraciones sobre la legitimidad democrática del control constitucional, pero argüir que en materia económica los tribunales constitucionales no deben intervenir, o al menos deben hacerlo de manera muy prudente y limitada, por cuanto estas decisiones son mucho más delicadas, ya que implican una reorientación del gasto público y de las dinámicas financieras, con consecuencias macroeconómicas que los jueces no pueden prever adecuadamente. Ésta me parece que es, en cierta medida, la posición de Kalmanovitz, quien defiende la labor de la Corte Constitucional en el campo de las libertades individuales y la limitación de los poderes excesivos del Congreso y del presidente, pero cuestiona duramente sus intervenciones en la regulación del sector financiero y la economía (Kalmanovitz, 1999: 124).

---

<sup>16</sup> Así, después de la Segunda Guerra Mundial, varias democracias importantes –como Italia y Alemania– adoptaron cortes constitucionales. Luego de la caída de sus dictaduras, en los años setenta, Portugal y España también incorporaron un tribunal constitucional. En los años noventa, una vez caído el comunismo, casi todos los países de Europa oriental introdujeron tribunales constitucionales. Incluso Francia, el país más temeroso del gobierno de los jueces, ha adoptado una forma de justicia constitucional. En África, también algunos países como Sudafrica tienen control constitucional. En Asia, la Corte Suprema de India ha ejercido una función esencial como juez constitucional. Y en las Américas, no sólo existen los países con una tradición importante en control constitucional, como Estados Unidos, Colombia, Venezuela y Argentina, sino que en los últimos años otras naciones han adoptado alguna forma de control constitucional, como Costa Rica, Bolivia y Guatemala.

Según estas perspectivas, ni siquiera el argumento de los derechos sociales es suficiente, ya que éstos no pueden ser satisfechos de la misma forma que los derechos civiles y políticos, por la sencilla razón de que la realización de los primeros implica, en general, un ordenamiento del gasto público a partir de recursos que no son infinitos, mientras que la protección de los derechos civiles clásicos no implica ese tipo de erogaciones. Por ende, podría continuar la objeción; si la Corte Constitucional decide inaplicar o anular una regulación legal para satisfacer un determinado derecho social, en una situación específica, entonces pueden seguirse varios efectos complejos y delicados: de un lado, si es un caso de tutela y la Corte limita su decisión a la situación particular, y la singulariza, entonces paradójicamente el tribunal constitucional podría estar propiciando una violación al principio de igualdad, ya que sólo gozarían de ese derecho social aquellos peticionarios que tuvieron la suerte de que su tutela fuera seleccionada y decidida por esa corporación judicial, lo cual no parece muy compatible con los valores constitucionales del Estado social de derecho. Si, por el contrario, con el fin de evitar esa afectación de la igualdad, la Corte establece una regla general que cubra todos los casos que tienen ciertas características, que en el fondo es lo jurídicamente correcto, pues los jueces deben fallar guiados por el principio de universalidad que obliga a tratar de la misma manera los casos semejantes, entonces esa decisión puede tener consecuencias financieras y presupuestales muy complejas. Puede ser que la determinación genere desequilibrios en campos que el juez constitucional no podía prever, agudizando por ejemplo una recesión o un déficit fiscal, o que la sentencia sustraiga recursos importantes que estaban destinados a satisfacer otros derechos sociales, con lo cual la determinación del juez constitucional podría convertirse, paradójicamente, en un factor de violación de derechos fundamentales (Alexi, 1989: 214 y ss). Por ejemplo, algunos criticaron la sentencia C-136 de 1999 que extendió el impuesto del dos por mil a las transacciones interbancarias, argumentando que ésta habría obstaculizado el descenso de las tasas de interés, y con ello habría introducido un nuevo factor recesivo en la economía. Otros han criticado las tutelas en donde la Corte ha ordenado medicamentos para ciertas enfermedades catastróficas, por fuera del plan obligatorio de salud, por cuanto esas providencias estarían desequilibrando el sistema de seguridad social, de suerte que, a veces, por atender a uno de esos enfermos, es posible que se deje de vacunar a centenares de niños. Así, según Kalmanovitz, con este tipo de sentencias, "la Corte le está resolviendo el problema a un paciente pero está comprometiendo el derecho a la salud de 12 millones de colombianos que cotizan responsablemente" (Kalmanovitz, 1999: 125). No entro a analizar, por el momento, la validez de estas críticas; simplemente las cito como una ilustración del tipo de objeciones que se formulan a estas decisiones judiciales.

Por todo ello, concluirían los críticos, los tribunales constitucionales deben abstenerse de invocar el Estado social de derecho y los derechos sociales para intervenir en los procesos económicos, ya que es imposible satisfacer todos esos derechos

al mismo tiempo. Las decisiones sobre asignación y distribución de los recursos económicos, por definición escasos, para la realización de esos derechos debe entonces, según tales enfoques, dejarse a los órganos políticos, no sólo porque ellos tienen la responsabilidad de financiar esas políticas, sino además, porque se adecua más a la filosofía democrática que las mayorías sociales decidan acerca del modelo de desarrollo y adopten las estrategias económicas para lograr la justicia social. Por tales razones, muchos autores importantes, y algunos sistemas constitucionales, han negado una verdadera eficacia jurídica a los derechos sociales. Por ejemplo, en su clásica teoría de la constitución, Carl Schmitt distingue entre los verdaderos derechos fundamentales, que son aquéllos de la tradición liberal, y los derechos sociales, que son a lo sumo mandatos al legislador, pero que no deben ser considerados derechos fundamentales subjetivos, ya que no pueden ser exigidos judicialmente (Schmitt, 1934: 196). Por esas mismas razones, algunas constituciones, como la de India o la de España, no establecen expresamente «derechos sociales», sino que proclaman “principios sociales”, precisamente con el ánimo de evitar que las garantías sociales sean concebidas como derechos subjetivos, que puedan ser invocadas directamente ante los jueces (Bassols, 1985 : 987 y ss). En el mismo sentido, en el debate sobre la reforma a la declaración de derechos en Canadá, en 1992, el llamado “Comité Beaudoin Dobbie” prefirió adoptar una Carta Social basada en una declaración de “compromisos sociales”, en vez de recurrir a una proclamación de derechos sociales justiciables. Las razones invocadas fueron las siguientes:

Estos compromisos son, en muchos aspectos, tan importantes para los canadienses como sus derechos y libertades; pero son diferentes. Estos compromisos expresan objetivos, no derechos, y abarcan responsabilidades enormes. Por consiguiente, aunque son materias apropiadas para ser reconocidas en la Constitución, los órganos electos deben conservar la atribución de decidir cómo es la mejor forma de cumplirlos. Creemos que los temas tratados en la Carta Social son resueltos mejor por medios democráticos (Jackman, 1992: 18).

Las anteriores objeciones no son deleznable ya que nadie puede negar las enormes dificultades que plantea la protección judicial de los derechos sociales, debido a su carácter esencialmente “prestacional”, esto es, a que su satisfacción supone una acción estatal, a fin de que la persona pueda acceder a un bien o servicio, como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda (Alexi, 1993: 435; Prieto Sanchís, 1995; Canotilho, 1991: 127; Arango, 1997: 63 y ss). Las órdenes judiciales para realizar esos derechos tienen entonces, sin lugar a dudas, efectos complejos sobre las dinámicas económicas, el gasto público y el arbitraje de recursos económicos escasos, en especial en los países del Tercer Mundo, como el nuestro. Sin embargo, el reconocimiento de esa dificultad no implica la consecuencia que algunos intentan extraer, que es negar toda eficacia jurídica o “justiciabilidad” a esos derechos sociales, a fin de concebirlas

como pautas puramente programáticas que el legislador podría desarrollar, pero que no pueden ser exigidas por la vía judicial.

En primer término, sin negar la especificidad de los derechos sociales, es indudable que la oposición entre los derechos civiles, que supuestamente implicarían únicamente abstenciones u obligaciones “negativas” del Estado, y derechos sociales, que implicarían prestaciones “positivas” de las autoridades, debe ser matizada, pues no todos los derechos sociales implican prestaciones positivas para el Estado, ni todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes de abstención. La situación es más compleja. Muchos derechos sociales no establecen una prestación sino un mandato de respeto de parte de las autoridades, como sucede con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica ante todo que el Estado no interfiera en el desarrollo de estas asociaciones. Y, más importante aún, la garantía de los derechos civiles supone, en muchos casos, no sólo claras prestaciones positivas, como sucede con el derecho de defensa, que incluye el deber del Estado de suministrar un abogado al acusado pobre sino que, además, la vigencia efectiva de las libertades más clásicas, como la intimidad, requiere que existan unas autoridades policiales y judiciales capaces de amparar a las personas contra las agresiones a sus derechos por parte de los otros ciudadanos. Por ello, como lo han mostrado Sunstein y Holmes, la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, tiene costos económicos y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos (Holmes y Sunstein, 1999). Por ende, si el argumento fuera exclusivamente de costos y de ordenamiento de gasto por la vía judicial, entonces habría también que eliminar las decisiones judiciales para amparar los derechos civiles, ya que esas intervenciones también implican, en muchos casos, erogaciones presupuestarias.

De otro lado, el argumento sobre la absoluta libertad de los órganos políticos y de las mayorías para optar por cualquier modelo económico se basa, en el fondo, en un deseo de eliminar toda fuerza normativa al contenido social de la Constitución y a los pactos internacionales que reconocen derechos sociales. Y eso es inaceptable ya que, así como no puede existir una verdadera democracia sin una garantía a la libertad de expresión y una protección del debido proceso, la incorporación de los derechos sociales parte del supuesto de que no puede existir una verdadera deliberación democrática si no existe una cierta igualdad social y no se garantiza a las personas al menos una satisfacción básica de sus necesidades. En efecto, ¿quién puede razonablemente negar que la falta de alimentación, salud, vivienda o educación afecta la dignidad humana, y por ende disminuye la capacidad de las personas para ser ciudadanos autónomos? Como lo señaló Rousseau hace más de doscientos años, el ejercicio de la libertad democrática supone un mínimo de igualdad fáctica, a fin de que “ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse”. Esto muestra entonces que una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos

constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto; y, finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de "ciudadanía social", pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales (Uprimny, 1990; Marshall, 1973; Canotilho, 1991).

Esta dimensión social de la ciudadanía y de la dignidad de la persona justifican y explican entonces que la Constitución haya incorporado derechos sociales – como el derecho a la vivienda o el derecho a la salud– que tienen fuerza normativa. Por consiguiente, las mayorías políticas no son totalmente libres para escoger cualquier política económica ya que, como lo explicamos anteriormente, un derecho constitucional es precisamente algo que ha sido sustraído al debate democrático, pues se considera que debe ser garantizado, independientemente de la opinión de las mayorías, por su importancia para asegurar un mínimo de dignidad humana y para preservar el propio proceso democrático. En tales circunstancias, el reconocimiento constitucional e internacional de los derechos sociales implica que las distintas estrategias económicas deben estar orientadas a realizar progresivamente esos derechos, que son entonces límites a la libertad que tienen las mayorías para optar por distintas políticas económicas. Por ello, incluso en aquellos países cuyas constituciones prefirieron hablar de "principios sociales" en vez de "derechos sociales", la jurisprudencia ha terminado por señalar que esos principios son verdaderas normas que deben ser aplicadas por los jueces y que condicionan la validez de las leyes expedidas por los parlamentos.

Ahora bien, y siguiendo el argumento desarrollado en el punto anterior, si los derechos sociales son límites normativos que deben ser respetados por las mayorías políticas, pues es obvio que alguien debe garantizar que tales límites no sean violados, sino queremos que los derechos sociales tengan una pura eficacia retórica. Y nuevamente es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el tribunal constitucional, puesto que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos a fin de materializar la ciudadanía social.

En ese orden de ideas, las dificultades de las decisiones relativas a la realización de los derechos sociales no impiden que el tribunal constitucional se pronuncie sobre estos temas; es más, es su deber hacerlo, por cuanto así lo ordenan la constitución y los pactos de derechos humanos. Sin embargo, esas dificultades tienen consecuencias sobre la función judicial que no deben ser ignoradas. Así, el juez constitucional no puede intervenir en este campo de la misma manera como lo hace en relación con los derechos civiles y políticos, al menos por dos razones íntimamente relacionadas con el carácter esencialmente prestacional de los derechos sociales: (i) la progresividad del deber estatal de realizar esos derechos y (ii) la amplia libertad que tiene la ley para delimitar el contenido mismo de esos derechos y configurar los mecanismos para su satisfacción.

En primer término, conforme a los pactos internacionales, la constitución, y la doctrina más autorizada, la obligación que tiene el Estado, y en especial el Legislador y el Ejecutivo, de asegurar la vigencia de los derechos sociales, debido precisamente a su carácter prestacional, no es idéntica a los deberes que tiene el Estado en relación con los derechos civiles y políticos. Por ello, estos textos señalan que esos derechos no son de aplicación inmediata integral sino de “realización progresiva”, pues su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos. Por ende, la labor interpretativa del juez constitucional es, sin lugar a dudas, más difícil en este campo, pues debe no sólo tener en cuenta el problema de la existencia de recursos limitados para satisfacer distintos derechos sino que, además, debe tomar en cuenta el principio de progresividad.

Sin embargo, es claro que la progresividad no implica una ausencia total de justiciabilidad, esto es, una imposibilidad de control judicial, pues el Estado debe, de todos modos, conforme a los pactos internacionales, adoptar todas las medidas que sean necesarias, y hasta el máximo de los recursos disponibles, según su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos sociales prestacionales. Esto explica que existen obligaciones inmediatas, controlables judicialmente, pues, como han señalado los intérpretes autorizados de estos pactos, el Estado debe tomar medidas inmediatas para la realización de esos derechos, pues si se abstiene de hacerlo, incurre en una violación a estos compromisos internacionales, que es justiciable. Así, el máximo intérprete del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha sintetizado el sentido y alcance de este deber de realización progresiva en los siguientes términos:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3, adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figura en el documento E/1991/23. Sobre el alcance de estas obligaciones, ver también los cuatro informes del Relator de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas publicados en 1989 (E/CN2/Sub.2/1989/19), 1990 (E/CN4/Sub.2/1990/19), 1991 (E/CN4/Sub.2/1991/17) y 1992 (E/CN4/Sub.2/1992/16).

De otro lado, como hemos visto, los derechos sociales suponen una prestación pública, ya sea porque el Estado directamente distribuye el bien o el servicio respectivo, o ya sea porque las autoridades subsidian a las personas que carecen de recursos a fin de que éstas satisfagan su necesidad por otras vías, como puede ser el mercado. Esto significa que el Estado debe determinar la manera como presta el servicio o suministra los subsidios, y por ende debe arbitrar los correspondientes recursos, organizar los procedimientos de distribución a la población, e incluso, en ocasiones, establecer entidades específicas encargadas de llevar a cabo esas tareas. Como lo señaló la sentencia SU-111 de 1997 de la Corte Constitucional, estas características confieren al legislador un papel decisivo en el desarrollo de esos derechos, pues corresponde, en principio, a los representantes del pueblo realizar los diseños institucionales y tomar las decisiones presupuestales para lograr su satisfacción.<sup>18</sup>

El control constitucional no puede entonces ignorar el papel enorme que tiene la ley en la concreción del contenido de los derechos sociales y en la definición de los mecanismos para su realización. Pero una cosa es reconocer la amplia libertad que tiene el legislador para desarrollar distintas estrategias para satisfacer los derechos sociales, las cuales incluso pueden ser contradictorias en el tiempo, según los cambios de mayorías políticas, y otra muy diferente es inferir de ese hecho que no puede haber un control constitucional sobre las políticas económicas y sociales.

Las anteriores reflexiones permiten entonces concluir que la intervención de los jueces constitucionales en la política económica, a fin de satisfacer los derechos sociales y los mandatos constitucionales, es más compleja y difícil, y requiere una mayor responsabilidad de los jueces; pero no es en sí misma antidemocrática, por cuanto a ella se aplican exactamente las mismas razones que justifican el control constitucional en general; si bien estos jueces carecen de legitimidad democrática formal, pues no son, ni deben ser, electos popularmente, estas intervenciones son sustantivamente democráticas, pues se orientan a preservar la dignidad de las personas y a materializar la ciudadanía social, y en esa medida contribuyen a asegurar la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. Esto no significa, obviamente, que toda intervención de los tribunales constitucionales en estas materias sea adecuada, pues algunas decisiones pueden ser perjudiciales, por una mala ponderación de los derechos y principios constitucionales en conflicto, o antidemocráticas, por una extralimitación del juez en sus competencias. Es además innegable que el examen precedente ha mostrado que los derechos sociales, por su dimensión prestacional, no se adaptan fácilmente a las

---

<sup>18</sup>

En el mismo sentido, ver las sentencias C-222 de 1992 y C-189 de 1987 del Tribunal Constitucional Español, que resaltan la libertad de configuración del legislador para escoger medios distintos para cumplir con los fines sociales del Estado.

instituciones y técnicas jurisdiccionales,<sup>19</sup> lo cual hace que el control constitucional en este campo sea más difícil y requiera de jueces muy competentes y de construcciones conceptuales depuradas y sofisticadas. Pero creo que es absolutamente legítimo que exista un cierto control constitucional a la política económica, pues las mayorías democráticas no son del todo libres, ya que deben plantear estrategias de desarrollo que logren progresivamente una satisfacción de los derechos sociales de la población.

## **SOBRE LOS RIESGOS DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL**

Una vez mostrada la posibilidad técnica y la legitimidad democrática del control constitucional de la actividad económica procedo, por último, a analizar aquellas críticas relacionadas con los supuestos efectos perversos de esas intervenciones judiciales sobre la naturaleza pluralista de las constituciones, la seguridad jurídica y la política democrática.

El análisis adelantado en los puntos precedentes es suficiente para concluir que no es cierto que el control judicial de las políticas de desarrollo, y una cierta constitucionalización del tema económico, provoquen per se una desnaturalización de la constitución, y que ésta pierda su legitimidad y su carácter pluralista. En efecto, una constitución que reconoce los derechos sociales no puede ser absolutamente neutra en materia económica, como tampoco es neutra en política criminal una constitución que reconoce el debido proceso penal y prohíbe la tortura, pues en ambos casos, la ley fundamental está excluyendo ciertas opciones políticas a las mayorías democráticas. Así, no puede el Congreso invocar el principio democrático para poner en marcha una estrategia contra el delito fundada en la tortura sistemática y en el desconocimiento masivo del derecho de defensa de los acusados. En ese mismo orden de ideas, tampoco pueden las mayorías democráticas poner en marcha estrategias de crecimiento contrarias a los derechos sociales prestacionales, o fundadas en la eliminación del derecho de huelga de los trabajadores. Es pues indudable que ciertas opciones económicas son inconstitucionales. Sin embargo, esto no significa que la Constitución excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo, pero todas dentro de los marcos que fijan los derechos sociales. La constitución de un Estado social, fundado en los derechos sociales debe entonces ser "abierta" pero no es "neutra", sin que eso acabe el pluralismo y socave la legitimidad del ordenamiento jurídico ya que, como dice la doctrina española, "una constitución abierta no es lo mismo que una Constitución vacía y desprovista de fuerza jurídica", pues si tuviera tal carácter, dejaría de ser una constitución (Asenjo, 1984: 69). En ese sentido, desde sus primeras sentencias la Corte

---

<sup>19</sup> Como dice Geoffrey Marshall, "nadie es verdaderamente un experto a la hora de elaborar y aplicar los derechos económicos del hombre, y menos que nadie, los jueces" (Marshall 1982: 176).



Constitucional señaló que si bien las mayorías pueden optar por muy diversas políticas económicas, la Constitución de 1991 no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales”.<sup>20</sup>

El control judicial de la economía no erosiona entonces el pluralismo de la Constitución; pero esta preocupación es relevante, ya que la defensa del carácter pluralista de la Carta permite orientar el sentido de la jurisprudencia que deben elaborar los tribunales constitucionales en todos los campos, en especial en el tema económico. En efecto, si la Constitución pretende ser un marco de coincidencias entre puntos de vista disímiles, entonces, en lo posible, el juez debe evitar adoptar fórmulas demasiado rígidas –salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente–, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema. Por ello, como bien lo destaca Nino, los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten del debate democrático, únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio «pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos» (Nino, 1997: 292). Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y en cambio deben rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es “contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas” (Nino, 1997: 293).

## LOS PROBLEMAS DE INSEGURIDAD JURÍDICA

Las críticas sobre la inseguridad jurídica generada por la posibilidad de que un juez constitucional anule una regulación legal no me parecen tampoco convincentes. En efecto, esas críticas parten de dos supuestos: (i) que ni el Congreso ni el Ejecutivo son fuentes de inestabilidad jurídica, y (ii) que la anulación de una ley inconstitucional es fuente de inseguridad jurídica. Pero esas dos suposiciones son muy discutibles. Así, muchos estudios empíricos han mostrado que en Colombia la legislación cambia con enorme rapidez y genera una vida efímera de las normas, que impide su asimilación por los operadores jurídicos. Para ello basta pensar en las numerosas reformas tributarias que se han realizado en los últimos años. No es pues cierto que la principal fuente de inestabilidad normativa se encuentre en los jueces constitucionales.

---

20

Sentencia C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

Pero hay más; la anulación de una ley por el tribunal constitucional pretende, en muchas ocasiones, proteger precisamente la seguridad jurídica de los ciudadanos en sus derechos frente a variaciones caprichosas de las normas legales por parte de los órganos políticos. Así, por tomar un ejemplo elemental, supongamos que el Congreso por medio de una ley, o el gobierno en virtud de un decreto legislativo, establece un impuesto retroactivo, y que la Corte lo declara inconstitucional por violar el mandato constitucional según el cual los tributos no pueden ser retroactivos. ¿Generó inseguridad jurídica esa decisión de la Corte, al retirar del ordenamiento una norma legal? No lo creo. Esa sentencia de inconstitucionalidad lo que hace es fortalecer la confianza de los agentes económicos de que en ese sistema jurídico no existirán impuestos retroactivos, lo cual reduce su incertidumbre sobre cuáles serán las reglas jurídicas aplicables a sus transacciones económicas. Por ello, muchos autores defienden la constitucionalización de ciertos aspectos del manejo económico, y su control por un tribunal independiente, precisamente como un mecanismo para lograr una cierta seguridad jurídica frente a la volubilidad y variabilidad de criterios de los órganos políticos.

No es pues cierto que el control constitucional de la economía implique, per se, una mayor inseguridad jurídica. Con ello no estoy negando que, en ciertos casos, el comportamiento concreto de la justicia constitucional pueda llegar a generar inestabilidades normativas agudas, que obstaculicen el desarrollo de un país. Pero eso no sería un defecto intrínseco a la intervención de los jueces en la economía, sino que derivaría de otros factores, como podrían ser ciertos diseños procesales o la excesiva variabilidad de los criterios interpretativos de la justicia constitucional.

## **LOS RIESGOS DE DESMOVILIZACIÓN CIUDADANA Y POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA**

Las críticas sobre el efecto negativo del control constitucional de la economía sobre el aparato judicial y el sistema político no deben tampoco ser ignoradas, pero no son concluyentes. Así, como intenté mostrarlo en un texto anterior, sin lugar a dudas una "judicialización" excesiva de la política en general, y de la política económica en particular, puede ser inconveniente para la justicia, que tiende a politizarse y a sobrecargarse de tareas que tal vez no pueda cumplir. Esa judicialización puede también generar efectos negativos en la participación ciudadana y en la propia cultura democrática (Uprimny, 1997). Sin embargo, no creo que esos peligros, que son reales, basten para condenar cualquier activismo judicial para satisfacer derechos sociales. En este campo, el modelo teórico ofrecido por Mauricio García para analizar los riesgos y las potencialidades del activismo judicial en una democracia me parece muy útil y sugestivo, pues evita las conclusiones simplistas. Según ese autor, tres variables son centrales para valorar el activismo: (i) la actitud de los jueces (progresista o no), (ii) su competencia o incompetencia, en términos técnicos y de conocimiento del asunto,

y (iii) que exista o no una participación política eficiente o no para desarrollar los derechos sociales (García, 2001: 476 y ss). En tal contexto, el activismo más antidemocrático sería aquél realizado por jueces incompetentes, que toman decisiones muy conservadoras en momentos históricos en que hay una amplia movilización democrática, tal y como lo hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX. En cambio, en ese mismo país, el activismo de la llamada Corte Warren, durante los años cincuenta y sesenta, es más admisible, pues impulsó, o al menos acompañó y legitimó, los cambios democráticos de ese periodo.

El ejemplo de las sentencias sobre el sistema UPAC es muy ilustrativo al respecto; así, la situación de los deudores se agravó en gran medida por la indiferencia de los órganos políticos, que no tomaron medidas de alivio cuando era evidente que, al ligar el cálculo de la UPAC al DTF, y no a la inflación, el efecto combinado del aumento de las tasas de interés, el incremento del desempleo y la caída de los precios de la vivienda, hacía que las deudas se volvieran impagables. Pero cuando la Corte intervino en el tema para defender a los deudores hipotecarios, entonces sus decisiones fueron cuestionadas como un activismo judicial excesivo y antidemocrático. Pero, ¿podía la Corte abstenerse de intervenir cuando era evidente que esa situación fácticamente afectaba el derecho a la vivienda y los otros órganos estatales se mostraban indiferentes ante la situación de los deudores hipotecarios? No lo creo, pues la Corte hubiera renunciado a su deber de defender la supremacía de la Constitución y amparar los derechos sociales de la población. ¿Hubiera podido evitarse esa intervención judicial en la política económica? Claro, si los órganos responsables de la política económica hubieran tomado a tiempo las medidas adecuadas. Pero lo que resulta inaceptable es que, desde su pasividad, los otros órganos de poder cuestionen a un tribunal que intentó solucionar un problema social complejo y dramático. En tal contexto, en muchos eventos, la solución a un eventual activismo excesivo de la Corte Constitucional no consiste en recortar sus competencias sino en impulsar la participación democrática y fortalecer la intervención de los otros órganos del Estado en la realización de los derechos fundamentales.

## CONCLUSIONES

He intentado mostrar que los derechos sociales son derechos de la persona y que su realización es esencial para la continuidad e imparcialidad del proceso democrático, por lo cual debemos admitir algún control judicial sobre las decisiones económicas. Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza. En esas situaciones, la defensa de la fuerza normativa de los derechos sociales adquiere aún mayor sentido, precisamente porque las necesidades insatisfechas de las personas son enormes (Cifuentes, 1994). La Corte Constitucional

ha tenido entonces razón en entrar a analizar esos temas y en defender vigorosamente los derechos sociales, pues si queremos construir un verdadero Estado social de derecho debemos, parafraseando a Dworkin, tomar en serio los derechos sociales.

Sin embargo, el examen precedente también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada. Estos obstáculos son aún mayores en contextos de pobreza e inequidad, como los que dominan en Colombia y en América Latina, pues los recursos son más escasos y las carencias que deben ser colmadas mayores. La paradoja es evidente: en estas sociedades, el constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, pero tienen menores condiciones de posibilidad. Esto plantea desafíos teóricos indudables al punto de que, como sugiere Eduardo Cifuentes, "el proceso constituyente latinoamericano está en mora de una nueva construcción teórica" pues el activismo constitucional de contenido social, en estos contextos de pobreza, no se adapta fácilmente a los esquemas teóricos desarrollados en otras latitudes (Cifuentes, 1994). E igualmente, esta situación pone a los jueces constitucionales latinoamericanos frente a retos hermenéuticos formidables, pues deben ser capaces de defender la fuerza normativa de los derechos sociales en contextos fácticos que hacen muy problemática la aplicación judicial de esos mismos derechos.

Pero no sólo el amparo judicial de los derechos sociales es difícil, sino que además tiene limitaciones e incluso puede afectar el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. Por tal razón, considero que la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales más amplias. Y es que, como dice ilustrativamente Benjamim Barber, "la democracia sólo puede sobrevivir como democracia fuerte, asegurada no por grandes líderes sino por ciudadanos responsables y competentes. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes. Las democracias efectivas requieren grandes ciudadanos" (Barber, 1990: 7). La democracia, más que grandes jueces, requiere entonces de grandes ciudadanos. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARANGO, Rodolfo (1997), "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", en *Pensamiento Jurídico*, No. 8.

- ASENJO, Oscar de Juan (1984), *La Constitución económica española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BARBER, Benjamin (1990), *Strong Democracy. Participatory politics for a new age*, Berkeley, University of California Press.
- BASSOLS, Martín (1985), *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos.
- BICKEL, Alexander (1986), *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da ed., New Haven, Yale University Press.
- CIFUENTES, Eduardo (1994), "El constitucionalismo de la pobreza", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, No. 3.
- CANOTILHO, Vital Moreira (1991), *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra editora.
- CAPPELETTI, Mauro (1984), "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en Varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DWORKIN, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- ELSTER, John y Rune SLAGSTRAD (comps.) (1988), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FERRAJOLI, Luigi (1985), *Derecho y razón*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1985), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas.
- GARCÍA, Mauricio (2001), "Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, UN, Uniandes.
- GARGARELLA, Roberto (1996), *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel.
- HARRISON, Jeffrey (1995), *Law and Economics in a nutshell*, St Paul, West Publishing Co.
- HART ELY, John (1982), *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press.
- HIERRO, Liborio (1994), "La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)", en *Doxa*, Nos. 15-16.
- HOLMES, Stephen (1988), "Precommitment and the paradox of democracy", en John Elster y Rune Slagstad (comps.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- y SUNSTEIN, Cass (1999), *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, New York, Norton.
- JACKMAN, Martha (1992), "Constitutional rethoric and social justice: reflections on the justiciability debate", en Joel Bakan and D. Schneiderman (eds.), *Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada*.

- KALMANOVITZ, Salomón (1999), "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", en *Economía Colombiana*, No. 276.
- KELSEN, Hans (1988), "La garantía jurisdiccional de la constitución", en *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid.
- LUHMAN, Niklas (1993), *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- MARSHALL, T. H. (1973), *Class, Citizenship and Social Development*, Westport, Greenwood.
- MARSHALL, Geoffrey (1982), *Teoría constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe.
- NINO, Carlos (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- PAPIER, Juan (1996), "Ley fundamental y orden económico", en Ernesto Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- PARDO FALCÓN, Luis (1990), *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1995), "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del centro de estudios constitucionales*, No. 22.
- ROSENBER, Gerald (1993), *The hollow hope. Can courts bring about social change?*, Chicago, The University of Chicago.
- SCHAFFER, Heinz (1998), "Austria: la relación entre el tribunal constitucional y el legislador", en Eliseo Aja (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel.
- SCHLAICH, Klaus (1992), "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en Varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- SEN, Amartya (1992), "Comportamiento económico e sentimientos morais", en *Lua Nova*, No. 25.
- \_\_\_\_\_ (1985), "Rights and Capabilities", en Ted Honderich (ed.), *Morality and Objectivity. A tribute to J.L. Mackie*, Londres, Routledge.
- SCHMITT, Carl (1934), *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado.
- SUNSTEIN, Cass (1993), *The partial constitution*, Cambridge, Harvard University Press.
- TRIBE, Laurence (1998), *Constitutional Law*, 2da ed., New York, The Foundation Press.
- UPRIMNY, Rodrigo (1990), *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá, FUAC.
- \_\_\_\_\_ (1997), "Jueces, narcos y política: la judicialización de la crisis política colombiana", en Francisco Leal (comp.), *Tras las huellas de la crisis*, Bogotá, Fescol, Iepri.

# El choque entre los jueces locales y la economía global: la política de reforma judicial en Brasil

# 10

Megan J. Ballard\*

## INTRODUCCIÓN

Durante la primavera de 1997 los jueces brasileños iniciaron una lucha de poder entre la rama judicial y el presidente Fernando Henrique Cardoso, obstruyendo la privatización, por parte del gobierno, de una empresa que muchos brasileños consideraban un tesoro nacional. Un poco antes durante ese año, Cardoso había hecho pública la intención del gobierno de vender el 45% de la propiedad estatal sobre la Compañía Vale do Rio Doce (CVRD), una enorme empresa minera e industrial, y la más grande exportadora de metal mineral en el mundo. El precio base para su venta fue fijado en cerca de diez mil millones de dólares, convirtiéndola en una de las privatizaciones más importantes en Latinoamérica, y atrayendo ofertas de compañías de Japón, Australia y Sudáfrica, entre otros.

La propuesta de venta dio origen a una serie de protestas tanto de los partidos políticos de izquierda y los sindicatos, como de grupos indígenas y estudianti-

---

\* Consultora especial de Floey & Lardner; profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin; académica afiliada al Institute for legal Studies de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin. La autora agradece a David M. Trubek, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin y al Programa de Estudios Ibéricos y Latinoamericanos de la Universidad de Wisconsin Madison por el generoso apoyo que permitió esta investigación. Desea expresar además su aprecio por los valiosos comentarios sobre bosquejos de este artículo realizados por Howard Erlanger, Kathryn Hendley, Heinz Klug y David Trubek, y por la competente guía editorial de Sue Fiebre. Finalmente, especiales agradecimientos a Eliane Junqueira, quien en gran medida facilitó la recolección de artículos sobre noticias brasileñas recientes.

les. La subasta, programada originalmente para el 29 de abril de 1997, había sido objeto para tal fecha de más de 150 demandas legales interpuestas por sindicatos<sup>1</sup> e individuos preocupados por los efectos que la venta tendría sobre los trabajadores y los recursos naturales mineros de Brasil.<sup>2</sup> De hecho, la Asociación de Abogados del Brasil solicitó al Tribunal Supremo revisar de manera extraordinaria la constitucionalidad de la subasta en mención.<sup>3</sup> En respuesta a las demandas, uno de los voceros de Cardoso acusó a quienes se oponían a la privatización de usar el aparato judicial como un instrumento político.<sup>4</sup>

En tanto, la comunidad global de los negocios miraba con interés las acciones tomadas por una serie de tribunales inferiores que detuvieron temporalmente la venta concediendo veintidós interdictos basados en su mayoría en violaciones a la ley de privatizaciones.<sup>5</sup> Sumados a anteriores decisiones judiciales en contra del gobier-

<sup>1</sup> Patury y Sorima comparan la venta de Telebras junto a las acciones legales que suscitó, con las acciones envueltas en la venta de Vale do Rio Doce.

<sup>2</sup> No todas las demandas fueron interpuestas por los individuos u organizaciones directamente afectados. La “acao popular” brasilera permite a cualquier ciudadano solicitar “la anulación de actos que perjudiquen los bienes públicos..., la moralidad administrativa, el medio ambiente, o los monumentos históricos y culturales”. Constitución brasilera, art. 5, sec. LXXIII. Véase, a manera de ejemplo, la nota al pie 5.

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo rehusó el estudio de la solicitud hecha por la Asociación. Véase “Kandir ve Risco de Adiamento do Leilao”, en *Folha de São Paulo*, abril 25 de 1997, p. 10.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> La decisión de una Corte Federal en São Paulo, frente a un caso iniciado por un profesor universitario bajo la figura de la acción popular (ver nota al pie 2), puede resultar ilustrativa respecto a esta imposición de órdenes judiciales. El juez Joao Batista Gonçalves concedió la interdicción basado en tres razones: de un lado, el banco responsable de la privatización no cumplió con el requisito legal que ordenaba la publicación del prospecto de venta de la CVRD en un diario de amplia circulación nacional, publicándolo exclusivamente en un diario especializado en negocios. El gobierno, por su parte, no justificó su decisión de vender la CVRD tal como se establece en la ley de privatizaciones. Por último, el precio mínimo de venta de la CVRD era inferior a su precio justo pues no tomaba en cuenta el valor estimado de los depósitos minerales aún no descubiertos; véase Octavio Dias, “Juiz Federal de SP Suspende Leilao da Vale”, *Folha de São Paulo*, abril 26 de 1999. El término “órdenes judiciales” se refiere en sentido genérico a cualquier orden que prohíba a alguien un acto específico, o prescriba a un sujeto la no realización de una acción determinada. La Constitución brasilera de 1988 amplió los medios judiciales disponibles para hacer cumplir tales órdenes (véase el texto que corresponde a las notas al pie 57 a 60). Las demandas y órdenes judiciales fueron recopiladas por el Banco Nacional de Desarrollo, entidad responsable de administrar la privatización, y reportadas en artículos de prensa locales y extranjeros. Véase, por ejemplo, Michael Kepp (1997).



no,<sup>6</sup> tales pronunciamientos enfurecieron al presidente Cardoso quien declaró que el aparato judicial debía comenzar a pensar en su propia reforma. En unos pocos meses, Cardoso convocó una sesión especial del Congreso para buscar la aprobación de una enmienda constitucional que obligara a las Cortes inferiores a someterse a las decisiones del Tribunal Supremo.<sup>7</sup> Entre tanto, algunos jueces prominentes firmaron una vehemente declaración denunciando la evolución de la presidencia hacia una dictadura.

Recientemente, jueces federales brasileños invocaron nuevamente tal denuncia, afirmando que las críticas de Cardoso al aparato judicial ubicaban a Brasil en el precipicio de una dictadura.<sup>8</sup> Un vocero del grupo de jueces federales advirtió que Brasil se encontraba en riesgo de una "fujimorización", refiriéndose al estilo autoritario del presidente Alberto Fujimori, quien había instaurado un golpe de Estado institucional a fin de controlar al aparato judicial:<sup>9</sup> "Para llegar allí, todo lo que falta es dar por terminado el aparato judicial".<sup>10</sup> El ejecutivo, afirmó, estaba dando pasos hacia tal objetivo al tratar de minar el sistema judicial por medio de una campaña de difamación. La campaña del ejecutivo se concentró en cargos sensacionalistas de co-

<sup>6</sup> Algunos meses antes de la explosión de demandas en torno a la venta de la CVRD, el Tribunal Supremo brasileño había concedido un aumento salarial para un grupo de trabajadores del gobierno, decisión que alentó a otros trabajadores públicos a solicitar ante los jueces aumentos salariales equivalentes. Ver Fátima (1997), "Brazil Judges Use CVRD Sale as Weapon Against Government", Reuters Fin.

<sup>7</sup> Otros interesados en la venta también expresaron su frustración ante la acción de los jueces. El presidente del Banco Nacional de Desarrollo, quien supervisó la subasta de la CVRD, afirmó: "Si un juez de primera instancia logra paralizar una decisión adoptada por el ejecutivo y aprobada por la rama legislativa, la pirámide se ve completamente invertida", véase Geoff Dyer, "Row Over Iron Ore Company Sell-off", *Financial Times*, mayo 3 de 1997, p. 3. En una entrevista realizada a Irapuan Sobral Filho, miembro del personal del senador Ronaldo Cunha Lima (junio 29 de 1998), Filho señaló cómo Cardoso había convenido una sesión especial para solicitar al Congreso adoptar una propuesta de reforma constitucional presentada por el senador Cunha Lima, a fin de hacer vinculantes para los jueces inferiores ciertas decisiones emitidas por el Tribunal Supremo.

<sup>8</sup> Véase Mariangela Gallucci, presidente do STJ Aceita CPI do Judiciário, O Estado de São Paulo, marzo 17 de 1999, p. 6; y el reporte sobre un pronunciamiento de la Asociación de Jueces Federales de Brasil en "Associação Diz que Ha Risco de Fujimorização", *O Globo*, marzo 17 de 1999, p. 8.

<sup>9</sup> El presidente Fujimori dirigió un golpe el 5 de abril de 1992, cerrando el Congreso, proponiendo un gobierno ejecutivo-militar por decreto y destituyendo a varios jueces, incluyendo a la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo. El objetivo primario de estas medidas fue el sistema judicial, identificado por Fujimori como la más corrupta institución peruana. Véase Hammergren (1998).

<sup>10</sup> Citado en Juizes Param e Veem Risco de "Ditadura", en *Folha de São Paulo*, marzo 18 de 1999.

rrupción judicial, manifestados por un colega cercano a Cardoso en el Senado con el objetivo de lograr apoyo para la creación de una comisión investigadora.<sup>11</sup>

A pesar de no constituir necesariamente un hecho novedoso en Brasil, el antagonismo entre los poderes judicial y ejecutivo aumentó en visibilidad y vehemencia durante la década de los noventa. Sus manifestaciones se encuentran profundamente asociadas al patrón exhibido en el incidente de la CVRD: las cortes inferiores toman decisiones desfavorables a las políticas económicas y de reforma estatal del ejecutivo, el presidente o sus colegas hacen llamados para la reforma del sistema judicial, y el sistema judicial responde, a su vez, criticando al presidente.

Este aumento del antagonismo es producto de la expansión del rol judicial en escenarios políticos controversiales, transición que evolucionó durante la última década atrayendo una creciente atención social y política hacia los jueces brasileros. De forma similar, los sistemas judiciales en todo el mundo han adquirido mayor visibilidad. Este interés generalizado en los jueces puede ser explicado, al menos en parte, por un consenso global que favorece el modelo neoliberal de relaciones económicas, modelo en el que se espera que los jueces proporcionen predictibilidad. Tal estrategia de liberalización económica, usualmente denominada "El consenso de Washington" (Trubek, 1994), propugna por un papel reducido del gobierno mediante la privatización, la estabilización económica a través del ajuste fiscal y la liberalización del comercio extranjero.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Instigado por el presidente del Senado Antonio Carlos Magalhaes, el 25 de marzo de 1999 el Senado vota por la conformación de una comisión parlamentaria de investigación encargada de investigar casos de corrupción, nepotismo y otras irregularidades en el sistema judicial, excluyendo al Tribunal Supremo.

<sup>12</sup> Para una discusión más detallada acerca de los componentes del "consenso de Washington" ver Lothian (1995) y Carrasco (1994). La privatización hace referencia a la venta, por parte del gobierno, de sus intereses en empresas estatales, lo cual refleja una visión en la que el Estado debe apartarse de los negocios de producción y concentrarse, en cambio, en las condiciones de desarrollo necesarias para la rentabilidad de las firmas privadas (Lothian 1995:177). La idea tras la estabilización es corregir el desequilibrio entre oferta y demanda. Las medidas de estabilización intentan reducir la demanda a fin de reducir el actual déficit fiscal, una causa primordial de las crisis financieras de los países con deudas altas. En la mayoría de los casos los gobiernos reducen la demanda recortando el gasto público (Carrasco, 1994:248). La liberalización del mercado extranjero indica el paso de una estrategia internamente orientada de importe y sustitución hacia una perspectiva externamente orientada de libre mercado. Las medidas incluyen la reducción de las barreras tarifarias, la eliminación de las cuotas y licencias de importación, la abolición de licencias y deberes de exportación, y la diversificación de productos, entre otros (249). Los cambios en el paradigma han empezado a tomar forma a la luz de la crisis económica que se propagó en Asia durante 1997 y 1998 afectando los mercados latinoamericanos y de otras regiones; no obstante, permanece un énfasis primario en el beneficio de los mercados.

A manera de corolario ha emergido un consenso global en torno al valor que representa el Estado de derecho para el modelo neoliberal.<sup>13</sup> Un sistema económico orientado por el mercado requiere un Estado de derecho en tanto éste “crea certeza y predictibilidad, produciendo menores costos de transacción, mayor acceso al capital y el establecimiento de reglas de juego estables” (Shihata, 1995: 13; Fix Fierro Hector, 1997). El Estado de derecho, a su vez, depende de un sistema judicial en buen funcionamiento que determine de manera independiente los derechos y las obligaciones de las partes, incluyendo a los actores gubernamentales, sobre la base de un derecho preestablecido. En suma, “un sistema judicial en el que los jueces apliquen el derecho de manera justa e incluso predecible, excluyendo retrasos injustificados y costos no asumibles, es parte de un Estado de Derecho” (Shihata, 1995).

A finales de la década de los ochenta, instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), junto a gobiernos extranjeros, comienzan a enfatizar los beneficios de aparatos judiciales en buen funcionamiento. Tales instituciones y gobiernos ofrecen préstamos y subvenciones para reformas judiciales en las nuevas democracias, particularmente en América Latina y los Estados de la anterior Unión Soviética.<sup>14</sup> De esta manera, los jueces que alguna vez llevaron una existencia tranquila y marginal en gran parte del mundo, son ahora objeto de un nuevo escrutinio.

El presente artículo analiza la conexión entre estas tendencias económicas y políticas globales, y las estrategias brasileras de reforma judicial,<sup>15</sup> argumentando

<sup>13</sup> Si bien la traducción estricta de la expresión *rule of law* sería imperio de la ley, el concepto utilizado a lo largo del texto hace referencia a las características del Estado de derecho, razón por la cual se usa esta última expresión. (N. del E.)

<sup>14</sup> El interés de la autora en el tema de reforma a la justicia surge a partir del trabajo con un proyecto de reforma a la justicia adelantado durante 1995 en Camboya y patrocinado por la Agencia Norteamericana para el Desarrollo Internacional (Usaid). Tal proyecto convocó a jueces, abogados y administradores judiciales europeos, latinoamericanos, australianos y norteamericanos a fin de ofrecer asistencia, experticia y consejería a las cortes provinciales. El resultado fue un confuso esfuerzo cuya utilidad recayó primordialmente en nuestra habilidad para distribuir copias de nueva legislación desde Phnom Penh hacia jueces en provincias apartadas. Al proyecto se sumaron programas de entrenamiento judicial y reforma legislativa financiados por otras entidades entre las cuales se cuentan gobiernos extranjeros, las Naciones Unidas, el Banco Asiático de Desarrollo, y la Fundación Americana de Abogados.

<sup>15</sup> Aunque nos referimos a estas tendencias como “globales”, éstas son a un mismo tiempo globales y locales. Antes de tornarse globales, una condición o actividad debe surgir a nivel local. Siempre que una masa crítica de localidades se involucra a nivel mundial en la misma actividad o adopta la misma condición, tal actividad o condición se convierte en una tendencia global que puede ser más poderosa que la suma de sus partes, ver Santos (1997: 3-4). La penetrabilidad de esta tendencia

que la opción de reforma elegida por el presidente Cardoso se encuentra influenciada por la intención del gobierno de rehacer la economía brasilera y la estructura burocrática estatal, a fin de ajustarlas al paradigma global neoliberal.<sup>16</sup> Tal argumento se basa en dos premisas. En primer lugar, el aparato judicial brasilero incide en el éxito o fracaso de las reformas económicas de Cardoso. Tal como lo ilustra el incidente de la CVRD, la implementación exitosa de los esfuerzos gubernamentales por articularse con la economía global depende, en cierta medida, del resultado de las demandas por las que los brasileros desafían aspectos de las medidas de reforma política y estatal. En segundo lugar, las reformas judiciales impulsadas por Cardoso probablemente reduzcan el poder de la rama judicial para bloquear sus reformas económicas. Mientras la rama ejecutiva apoya las propuestas de reforma orientadas hacia la reducción de los retrasos en los despachos judiciales, tales esfuerzos tendrán el efecto de poner límites a las cortes inferiores orientadas hacia lo social y por tanto contrarias al proyecto gubernamental de integrar la economía brasilera al mercado global.

El esfuerzo de Brasil por integrarse al mercado global es sólo parte del rompecabezas que determina el contexto de las iniciativas de reforma de Cardoso. Otros dos componentes clave dan forma al impacto de la globalización sobre la estrategia de reforma judicial brasilera. Tales componentes se relacionan con un contexto político condicionado por la transición de Brasil luego de 21 años de gobierno militar. De un lado, la Constitución de 1988 garantiza nuevos derechos sociales e individuales y refuerza la capacidad judicial para proteger esos derechos por medio de la expansión de las categorías de personas con legitimidad para iniciar una acción legal, entre otros. De otro lado, el fin del autoritarismo coincide con el surgimiento de una suerte de activismo judicial –aun manifiesto– que otorga a los jueces la tarea de proteger a las clases sociales vulnerables. La interacción de estos tres factores ha dado como resultado un creciente uso de las cortes por parte de demandantes que se oponen a los cambios en la política económica del gobierno, aumentando aún más la lista de causas pendientes en los despachos judiciales asediados ya por la congestión.<sup>17</sup> Esta ins-

---

puede operar como un imán para atraer otras localidades, reforzando el ímpetu de la tendencia global. En otros términos, una condición global debe ser local para hacer surgir su estatus y perpetuarlo.

<sup>16</sup> Mi interés se concentra en la rama ejecutiva en tanto es la fuente e influencia de mucha de la legislación brasilera en torno a la reforma a la justicia. Facciones judiciales han avanzado en propuestas de reforma a la justicia, mas un acuerdo entre la mayoría de los jueces es difícil de lograr pues sus intereses varían de acuerdo con el nivel que ocupen en el escalafón de la carrera. El Congreso, por su parte, se encuentra sesgado políticamente y a menudo depende del liderazgo del ejecutivo.

<sup>17</sup> Al menos una de las órdenes que detuvieron la venta de la CVRD, por ejemplo, fue interpuesta por un demandante que hacía uso de la constitucionalmente ampliada “acción popular” a fin de desafiar la subasta. Ver nota al pie 5.

trumentalización política de las cortes ofrece un resultado más problemático: plantea una oportunidad para que jueces orientados hacia lo social frustren los esfuerzos gubernamentales por incluir a Brasil de manera más firme en la economía global.

Cardoso ha apoyado una agenda de reforma judicial que enfatiza tres propuestas: una propuesta de precedente vinculante que comine a las cortes inferiores a adherirse a las decisiones del Tribunal Supremo brasileño; una propuesta de "control externo" orientada hacia la creación de un consejo judicial de vigilancia sobre los jueces que incluye miembros ajenos a la rama judicial; y un estatuto de arbitramento para renovar los procesos de arbitraje brasileños. La estrategia de reforma judicial de Cardoso parece enfatizar en una disminución de la congestión en los retrasos de los despachos judiciales, adhiriéndose al interés global por aparatos judiciales eficientes y que funcionen adecuadamente. No obstante, las propuestas apoyadas por su administración limitarían el poder de cortes inferiores orientadas hacia lo social.

En la medida en que en Brasil no se han implementado amplios proyectos internacionales de reforma judicial, es posible un examen interesante y complejo de las conexiones entre las tendencias económicas y políticas globales, y los debates internos acerca de la reforma judicial.<sup>18</sup> La lucha política brasileña en torno a la reforma judicial ilustra igualmente cómo un Estado semi-periférico equilibra los procesos

---

<sup>18</sup> Brasil participa, no obstante, en una serie de pequeños e informales programas de entrenamiento, y en intercambios de académicos y jueces concertados por entidades norteamericanas o multinacionales. El Departamento Norteamericano de Justicia, por ejemplo, manejó un programa de procesamiento penal que buscaba incrementar la coordinación entre la Policía y los Fiscales a fin de remover a los jueces de la fase investigativa y, de esta manera, aligerar los procedimientos de la justicia penal. Adicionalmente, jueces y académicos brasileños han sido invitados a participar en varias conferencias relacionadas con la reforma a la justicia auspiciadas por facultades de derecho y fundaciones norteamericanas (principalmente Tinker y Ford), el Banco Mundial, las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo. A manera de ejemplo, tres brasileños fueron invitados a participar en el seminario "Reforma a la justicia en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo", realizado en Bogotá, Colombia, en julio de 1998 y organizado por la Fundación Tinker, la organización de Estados Americanos, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Este Banco, por su parte, organizó en noviembre de 1997 un seminario para jueces del estado de Rio de Janeiro denominado "Administración de Justicia en las Américas en un contexto global". El programa operado por la Universidad de Baltimore con apoyo de la Agencia de Información de Estados Unidos constituye otro ejemplo. Iniciado en 1998, este programa reúne a aproximadamente dos docenas de jueces, abogados y profesores de derecho brasileños y norteamericanos a fin de intercambiar ideas sobre la reforma a la justicia en encuentros a realizarse durante un periodo de dos a tres años (entrevista a Eliane Botelho Junqueira en Rio de Janeiro, marzo de 1998).

de globalización con sus dinámicas y políticas locales.<sup>19</sup> La forma en que los factores local y global motivan cambios en el derecho y las instituciones legales brasileras resulta importante no sólo por lo que refleja acerca de la interacción entre el derecho y la globalización, sino por lo que evidencia acerca de un país fundamental para la salud de la economía mundial.<sup>20</sup>

A fin de examinar los vínculos entre las tendencias globales y las propuestas de reforma judicial en Brasil, este artículo comprende cinco secciones.<sup>21</sup> En la segunda sección se estructura la argumentación en el contexto teórico de los análisis relativos al proceso de importación y exportación de normas e instituciones legales. La tercera sección rastrea los antecedentes históricos de los debates sobre reforma judicial y los contornos actuales del poder judicial. La cuarta sección discute las dinámicas que dan contexto a la reforma judicial: los ampliados derechos y acciones judiciales reconocidos en la Constitución de 1988, las nuevas medidas económicas y de reforma estatal del gobierno destinadas al refuerzo de la competitividad de Brasil en el mercado global, y el papel de los jueces en la solución de disputas relacionadas con el programa gubernamental económico y de reforma al Estado. La quinta sección presenta la agenda de reforma judicial del presidente Cardoso a la luz de tales dinámicas. La última sección, finalmente, discute posibles explicaciones para la propuesta de reforma judicial, de Cardoso sugiriendo que su agenda puede ser menos efectiva para eliminar la congestión judicial que para restringir el poder de las cortes inferiores.

Este análisis de la reforma judicial en Brasil no pretende una descripción o una posible explicación de las raíces de un proceso puramente doméstico que afecta a una institución doméstica, ni constituye una nueva historia sobre la exportación de

---

<sup>19</sup> Sobre el modelo analítico del sistema mundial moderno elaborado por Wallerstein, que clasifica una jerarquía de Estados como centro, periferia y semi-periferia basado en una división mundial del trabajo y los recursos, ver Wallerstein (1974).

<sup>20</sup> Brasil se ubica quinto a nivel mundial en extensión territorial, quinto en población (163 millones, más que en Rusia), y séptimo en Producto Interno Bruto (Selcher, 1998). Se trata de la tercera democracia más poblada, antecedida por Estados Unidos e India, y su economía constituye el 40% del producto nacional total en Suramérica. Véase Jeffrey E. Garten, "Adrift in the Global Economy", en *N.Y. Times*, octubre 17, 1998, p. A 4.

<sup>21</sup> Los datos para este proyecto provienen en su mayoría de entrevistas y documentos impresos recolectados en Brasil. Se entrevistó a más de 36 jueces, abogados, académicos, fiscales, estudiantes de derecho, miembros y personal del Congreso, consejeros presidenciales, representantes de organizaciones no gubernamentales y ciudadanos desligados de la profesión legal. Las entrevistas a jueces incluyeron desde magistrados del Tribunal Supremo hasta jueces ordinarios de tribunales laborales de instancia. Adicionalmente se recolectó legislación sobre reforma a la justicia, artículos técnicos y académicos sobre lo judicial, y copias de artículos de prensa relacionados, desde 1995 hasta 1999.

normas jurídicas y de derecho occidentales hacia países en desarrollo. La atención, en cambio, se concentra en la forma en que los agentes políticos y las circunstancias y prioridades domésticas interactúan con procesos globales condicionando la reforma de una institución legal de carácter nacional. Más concretamente, el presente artículo expone la forma en que actores nacionales, bajo la intención de ubicar a Brasil de manera más firme en la economía global, promueven una determinada estrategia para la transformación legal. Con miras a entender mejor este fenómeno resulta útil remitir brevemente a la historia y las diversas teorías relativas a los trasplantes jurídicos a través de las fronteras nacionales.

### **LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE NORMAS E INSTITUCIONES JURÍDICAS**

Los intercambios de ideas e instituciones jurídicas a través de fronteras nacionales no constituyen hechos novedosos. El Derecho Civil Romano –*Corpus Juris Civilis*– constituye la base de mucho del derecho europeo (Merryman, 1993). Los colonizadores europeos impusieron sus leyes en sus colonias, usando el derecho como un factor importante de la administración colonial.<sup>22</sup> Un ejemplo más reciente de intercambio transnacional es el movimiento Derecho y Desarrollo de los años sesenta y setenta, un ambicioso proyecto sustentado en la noción de posibles cambios sociales surgidos a partir de la exportación de normas estadounidenses hacia países en desarrollo.

El movimiento Derecho y Desarrollo asumió que la modernización de los países subdesarrollados seguiría el patrón de desarrollo capitalista norteamericano, desarrollo que presumía como aspecto central una particular forma jurídica. Consecuentemente, sus defensores instaban a los países en desarrollo a adoptar las ideas generadas en el contexto norteamericano sobre el derecho y a establecer instituciones legales y sistemas de educación legal que reflejaran los existentes en Estados Unidos. Apoyado en la posibilidad de un uso estatal del derecho como instrumento para mejorar la vida de sus ciudadanos, el objeto último de las iniciativas de reforma del movimiento era el Estado. Tal proyecto operó, en primera instancia, dentro del contexto de las relativamente cerradas economías nacionales de los países en desarrollo.

En el contexto brasilero, el proyecto de Derecho y Desarrollo fue dirigido, en primer lugar, por el personal de la Agencia Norteamericana para el Desarrollo Inter-

---

<sup>22</sup> Ejemplos conexos incluyen la ocupación de Alemania, Italia y Japón en la segunda posguerra, y la administración de colonias internas tales como la americana, india y esquimal. Todas ellas constituyen ejemplos de poderes dominantes que usan el derecho como un catalizador del desarrollo o la modernización, en contextos de tradiciones jurídicas diversas. Sobre éstas y otras situaciones análogas véase Merryman (1977:468-469).

nacional (Usaid), y financiado por dicha agencia y la Fundación Ford, las cuales concentraron su esfuerzo de manera significativa en la reforma a la educación legal.<sup>23</sup>

Los esfuerzos de reforma del movimiento Derecho y Desarrollo, basados en la exportación de ideas e instituciones jurídicas occidentales, han sido criticados por considerarse “etnocéntricos, imperialistas, ateóricos e ingenuos” (Trubek, 1996:233).<sup>24</sup> Una debilidad significativa del movimiento radicó en el peligro de exportar una visión instrumental del derecho. Percibido primordialmente en términos instrumentales, el derecho no puede operar como restricción al poder detentado por grupos poderosos cuando éstos se han apoderado del Estado (Trubek, 1974:1080). Dada la naturaleza insular de las fronteras nacionales que venía de al menos treinta años antes, y las cuales generaban una amplia variedad de sistemas legales y económicos, existía la preocupación sobre la viabilidad y conveniencia de trasladar normas jurídicas a países en desarrollo.

Un esquema más reciente de intercambio transnacional de ideas e instituciones jurídicas se basa en los procesos que abarcan el fenómeno de globalización, un término muy usado que observa múltiples significados. En el ámbito teórico, una descripción útil de tal fenómeno lo identifica como “el proceso mediante el cual una cierta entidad o condición local logra extender su alcance sobre el globo y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar una condición o entidad rival como local” (Santos, 1997:3).<sup>25</sup> En la práctica, la globalización se refiere con frecuencia a una serie de procesos conexos que refuerzan la integración de los mercados globales (tecnología de comunicaciones progresivamente sofisticada, mercados financieros globalmente conectados, patrones cambiantes de producción industrial, bloques regionales de negocios en emergencia, importancia en aumento de las corporaciones multinacionales) y a la distribución de las diversas etapas del proceso productivo en áreas que cuentan con la ventaja comparativa más evidente (Trubek et al., 1994:408-409; Feingenbaum, 1999). En el núcleo de esta concepción de la globalización se encuentra un énfasis mundial en la eliminación de restricciones legales a la inversión y el comercio.

De manera fundamental, la relación entre globalización y derecho presume que el proceso de transformación política y económica a nivel global crea un consen-

---

<sup>23</sup> En 1966, la Fundación Ford y la Usaid promovieron el establecimiento del Centro de Estudios e Pesquisas no Ensino do Direito (Ceped), entendiendo que la reforma a la educación legal podría transformar las facultades de derecho fuente importante de miembros de las clases dominantes y la elite política. Adicionalmente, sus defensores visualizaban a las escuelas de derecho como la cuña de la modernización del sistema legal en su totalidad (Gardner, 1980).

<sup>24</sup> Análisis críticos del movimiento derecho y desarrollo pueden encontrarse en (Gardner, 1980); (Chibundu, 1997); (Merryman, 1977), (Snyder, 1980), (Trubek, 1974).

<sup>25</sup> Santos afirma que no existe una genuina globalización, sino una globalización exitosa de un localismo específico. En otros términos, cada condición global cuenta con una raíz local.



so sobre los principios y las instituciones legales que los Estados no pueden ignorar so pena de asumir una serie de consecuencias. "Con un mayor énfasis en los mercados y el sector privado, el modelo de desarrollo neoliberal ha transformado las reglas de juego de las instituciones públicas y privadas, incidiendo en un nuevo esquema de desarrollo que favorece el comercio, el financiamiento y la inversión" (Santos, 1998: 3).<sup>26</sup> En la actualidad, el objetivo de la reforma legal no es reforzar la manera en que el Estado hace uso del derecho, sino disminuir el rol estatal y crear una estructura jurídica que facilite la operatividad del sistema de mercado. Los procesos de globalización ofrecen catalizadores para la homogeneización jurídica, tales como la coordinación entre Estados para la importación y exportación de regulaciones, a fin de alentar un comercio libre. Adicionalmente, existe mayor uniformidad transnacional en las legislaciones (Tamanaha, 1995: 474),<sup>27</sup> en áreas como el derecho contractual, comercial e incluso constitucional. De manera similar, algunos académicos afirman que los procesos de globalización han creado una nueva esfera en la que los actores domésticos o transnacionales se unen para crear normas (Sikkink,<sup>28</sup> 1997; Dezalay,<sup>29</sup> 1995). En otros contextos la globalización ha permitido un consenso a favor del cambio, pero el mismo no se estructura a partir de reglas exactas, tales como la noción de que las Cortes deben modificarse para facilitar el desarrollo económico.<sup>30</sup>

Mucha de la literatura sobre derecho y globalización indaga la forma en que las presiones globales, o los actores que operan en la esfera global, influyen el derecho y las instituciones jurídicas a nivel nacional. Tal relación presume que los actores en el contexto global influyen (o intentan influenciar) de manera directa el cambio local, en una trayectoria de arriba hacia abajo: desde la esfera global hacia la condición local.<sup>31</sup> Los análisis sustentados en una perspectiva de arriba hacia abajo resultan útiles en su crítica al proyecto de Derecho y Desarrollo, por cuya prescripción las nor-

---

<sup>26</sup> Documento no publicado.

<sup>27</sup> Citando, de manera general, la revisión bibliográfica de Martin Shapiro (1993).

<sup>28</sup> Manuscrito no publicado. Sikkink sugiere que los actores transnacionales no gubernamentales pueden ser promotores clave de nuevas normas sociales y jurídicas relacionadas con los derechos humanos.

<sup>29</sup> Dezalay y Garth afirman, de manera general, que los abogados y los profesionales asociados a lo jurídico efectúan la construcción de normas jurídicas en un contexto global.

<sup>30</sup> Santos sugiere que "de todos los consensos liberales de tipo global, el consenso del Estado de derecho/ judicial es, de lejos, el más complejo y ambiguo" (Santos, 1998:4).

<sup>31</sup> A manera de ejemplo, en la actualidad están emergiendo una serie de estudios que analizan la forma en que los proyectos de reforma a la justicia, patrocinados por entes extranjeros e instituciones internacionales de financiamiento, afectan o no afectan los cambios ocurridos en un sistema judicial local. A este respecto, véase Hammergren, 1998; Lawyers Committee for Human Rights & Venezuelan Program for Human Rights Education and Action, (1996).

mas jurídicas occidentales fueron trasladadas a contextos nacionales relativamente cercanos. Tal perspectiva, no obstante, resulta menos relevante para evaluar la relación entre derecho y globalización, relación que ocurre en un contexto de barreras nacionales menos definidas. En consecuencia, en vez de concentrarse en la trayectoria arriba-abajo de las iniciativas de reforma legal defendidas directamente por actores globales, este análisis plantea un giro de abajo hacia arriba y examina la forma en que los actores locales promueven cambios en condiciones locales, movidos en parte por el afán de satisfacer un mandato global, una aproximación de abajo hacia arriba para el estudio del derecho y la globalización. En tanto retrata a los actores domésticos como inmediatos catalizadores del cambio legal, en vez de señalarlos como simples seguidores de una fórmula preordenada para dicho cambio y elaborada por fuerzas globales o transnacionales, el presente estudio difiere tanto de la academia mayoritaria en torno al tema de derecho y globalización, como de los estudios de derecho y desarrollo.

### **CONTEXTO HISTÓRICO: AUTORITARISMO, RESISTENCIA JUDICIAL Y ROL DEL DERECHO**

Un retrato completo de los factores que inciden en los actuales debates sobre reforma judicial en Brasil requiere de un breve contexto histórico, particularmente respecto al periodo reciente de régimen militar (1964-1985). El presente artículo sostiene que la agenda de reforma judicial del presidente Cardoso se encuentra condicionada por los esfuerzos gubernamentales por integrarse a la economía global. La propuesta de reforma judicial de Cardoso busca aliviar una congestión judicial producto de la explosión de una serie de demandas que desafían las nuevas políticas del gobierno en materia económica y de reforma estatal, políticas que reflejan el consenso neoliberal. De manera significativa, los cambios judiciales apoyados por Cardoso restringirían igualmente el poder de los jueces inferiores orientados hacia lo social. La historia brasilera de autoritarismo ofrece un fundamento para dos elementos de este argumento. En primer lugar, el vertiginoso aumento en el número de litigios que se oponen a las iniciativas de reforma económica y estatal ha sido facilitado, si no promovido, por los ampliados derechos y acciones judiciales reconocidos en la Constitución de 1988, un documento condicionado por la era militar brasilera (1964-1985). De otro lado, mientras los gobernantes militares se preparaban para abandonar el poder, una filosofía judicial en emergencia alentaba a los jueces a orientar su autoridad a fin de proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad brasilera que habían sufrido la represión militar y los deslices de la política económica. A finales de los noventa, el activismo judicial orientado hacia lo social comenzó a obstaculizar la aplicación de iniciativas gubernamentales de reforma económica y estatal, una tendencia que las propuestas de reforma judicial de Cardoso intentaron limitar.

Además de ofrecer una base para comprender el advenimiento de nuevos derechos y acciones judiciales con la Constitución de 1988, y la evolución del activis-

mo judicial socialmente orientado, la presente sección da cuenta de formas tempranas de conflicto entre las ramas ejecutiva y judicial, señalando cómo, en el contexto de estos conflictos, el ejecutivo limitó el alcance de la magistratura mediante la constante alteración de su estructura de poder. Finalmente, se proporciona un contexto demográfico sobre el poder judicial.

El sistema legal brasileiro proviene de una tradición de derecho civil y un legado colonial de jueces débiles y estricta separación de poderes. Al igual que en muchos sistemas de derecho civil, la interferencia judicial en la esfera legislativa se ha restringido, y se continúa restringiendo, principalmente mediante el impedimento para tomar decisiones aplicables a casos en el futuro. En gran parte de América Latina, la combinación entre un sistema legal formalista y un rol limitado de los jueces generó un tipo de burocracia judicial que tiende a ser marginada de la evolución política, social y económica. En Brasil, el periodo de régimen militar sirvió para situar los intereses institucionales de los jueces más cerca de las preocupaciones sociales en torno al autoritarismo.

En 1964 el ejército brasileiro derrocó al gobierno constitucional de Joao Goulart, a quien consideraba un radical peligroso que se había burlado del Estado de derecho.<sup>32</sup> Los nuevos gobernantes militares prometieron “restaurar la legalidad, reforzar las instituciones democráticas amenazadas... y eliminar el peligro de subversión y comunismo” (Moreira, 1985: 31). Durante los siguientes veinte años, las fuerzas armadas brasileiras gobernaron el país bajo una estructura legal al servicio de las aspiraciones “revolucionarias” del régimen. A lo largo de este periodo, el ejército operó bajo “la dominante y elitista asunción portuguesa y brasileira de que la solución a cualquier problema era una nueva ley” (Skidmore, 1988: 57-58). El régimen usó los dispositivos legales para otorgarse legitimidad formal y transformar el papel de los jueces.

Durante la primera década en el poder, el ejército gobernó por medio de leyes que impusieron un rígido control social y político. Dirigió, igualmente, una serie de purgas dentro del Congreso, el servicio civil, la universidad pública y el propio ejército. El Tribunal Supremo Federal (TSF) fue una de las pocas instituciones brasileiras que, inicialmente, se mantuvo intacta frente a la acción del régimen. La línea suave del régimen militar, responsable por mantener la integridad de la Tribunal Supremo, “creyó que la Corte podría ser persuadida de que la perturbación del orden público y la amenaza inminente de revolución social, requería un periodo breve de ruptura frente a las interpretaciones fijas de la ley positiva” (Osiel, 1995: 532). La Corte, sin embargo, pronto se mostró reacia a interpretar permisivamente el derecho existente frente a

---

<sup>32</sup>

Goulart había intentado reformas populistas relativamente menores, pero su gobierno coincidió con una tendencia nacionalista de izquierda surgida dentro de la intelectualidad, con un movimiento obrero urbano cada vez más movilizad, y con el activismo de campesinos en el seco y afligido nordeste a inicios de la década de los sesenta.

las medidas represivas del ejército. Ante tal resistencia, en adelante el régimen autoritario señaló a los jueces por negarse a someterse.

La forma inicial de antagonismo entre el régimen militar y los jueces se centró en las investigaciones de la Policía Militar (Inqueritos Policial Militar, IPM), institución legal a través de la cual el ejército intentó combatir la subversión. A fin de investigar las actividades de personas consideradas comprometidas con crímenes “contra el Estado o su propiedad, el orden público o social, o comprometidas en actos de guerra revolucionaria” (Moreira, 1985: 33), el régimen estableció estos “paneles de investigación ejército-policía” (Skidmore, 1988: 47), mediante decreto ejecutivo.

El artículo que estableció las IPM no precluyó la revisión judicial de las investigaciones por ella adelantadas.<sup>33</sup> Cuando ambas magistraturas –estatal y federal– ejercieron la revisión de apelación para revertir las decisiones de las IPM, las tensiones entre la estructura legal tradicional y la estructura militar aumentaron.

El TSF intensificó esta tensión decidiendo en contra de los fiscales del gobierno en repetidas ocasiones y dentro de casos clave de subversión (Skidmore, 1988:46).<sup>34</sup> La indignación militar por esta resistencia del TSF condujo a la expedición, en octubre de 1965, de un decreto ejecutivo que enmendó la Constitución a fin de restringir la independencia de la magistratura. El Acto Institucional No. 2 aumentó el número de miembros de la Suprema Corte de once a dieciséis magistrados nombrados por el presidente. Igualmente, estipuló que los demás jueces federales debían ser designados por la presidencia en lugar de ascender vía carrera judicial, suspendió los periodos fijos y las protecciones en contra de transferencias judiciales, y trasladó a los jueces militares la jurisdicción en casos de seguridad nacional.

A medida que los militares moderados comenzaron a perder terreno frente a las líneas duras, intentaron crear una estructura legal de protección contra los excesos de los sectores de derecha o de izquierda, codificando políticas represivas que consideraban necesarias para evitar medidas más arbitrarias en el futuro.<sup>35</sup> Tales cambios incluyeron una nueva Constitución, adoptada en 1967 por un Congreso en el que la

---

<sup>33</sup> Acto Institucional No. 1 (abril 9 de 1964). Para una discusión sobre este acto véase Moreira (1985: 32-34).

<sup>34</sup> El TSF concedió, por ejemplo, las peticiones de Hábeas Corpus incoadas por figuras políticas civiles que habían sido encarceladas con base en la supuesta amenaza que representaban para “la seguridad externa”. Tomando una posición proactiva, el Tribunal determinó que la conducta en cuestión no podía amenazar “la seguridad externa” a menos que el acusado fuese un demostrado agente de un país extranjero. En respuesta, los gobernantes militares enmendaron el estatuto simplemente para reemplazar el término “seguridad externa” por el de “seguridad nacional” (Osiel, 1995: 533-534).

<sup>35</sup> Para más detalles sobre la facción moderada del Ejército, liderada por Castelo Branco, y sobre la estructura legal por ella impuesta, véase Skidmore (1988: 46-58).

oposición significativa había sido eliminada. Tal documento institucionalizó las restricciones a la magistratura impuestas por el Acto Institucional No. 2, y suprimió la potestad judicial para ejercer control sobre las ramas restantes del gobierno. De manera semejante, las funciones del Congreso se restringieron al ajuste de las leyes introducidas por el ejecutivo. Sin embargo, la Constitución de 1967 mantuvo una carta de derechos encaminada a proteger garantías individuales como el hábeas corpus, la inviolabilidad del domicilio personal, el derecho a la defensa y a un jurado, y los derechos de asamblea, asociación y libertad de expresión.

Esta nueva estructura legal no contuvo a los militares de línea dura que ascendieron al poder en 1967. El Acto Institucional No. 5, decretado a finales de 1968, restó todo sentido a la Constitución de 1967 al intensificar la represión militar a través de la suspensión indefinida de las garantías constitucionales, incluyendo el hábeas corpus, en todos los casos de crímenes políticos contra la seguridad nacional, y la eliminación de todo recurso judicial para aquéllos acusados bajo una disposición del nuevo Acto. Estas medidas reflejaron, en parte, la respuesta del ejército a la concesión, por parte del Tribunal Supremo, del recurso de hábeas corpus a ochenta y un estudiantes enviados a prisión (Skidmore, 1988: 188).<sup>36</sup> Posteriormente, el ejecutivo manipuló este Acto a fin de realizar una serie de despidos judiciales.

Los decretos expedidos en 1969 debilitaron aún más al poder judicial. Una enmienda constitucional restó alcance a los jueces inferiores, autorizando al procurador general transferir al Tribunal Supremo demandas interpuestas en cualquier instancia, siempre que el orden, la salud, la seguridad o las finanzas públicas estuvieran en riesgo (Arantes, 1999). Adicionalmente, en ese mismo año el gobierno había obligado a tres magistrados del Tribunal Supremo a retirarse, ocasionando la protesta del presidente del TSF. Un sexto Acto Institucional redujo el Tribunal de dieciséis miembros a los originales once, y ubicó todos los crímenes contra la seguridad nacional o las fuerzas armadas dentro de la jurisdicción del Tribunal Militar Supremo y las cortes militares inferiores (Skidmore, 1988: 82).

Para 1969, la participación política que existía una década antes había sido eliminada. La tortura a los presos políticos se había vuelto rutinaria, mientras que los escuadrones de la muerte operaban impunemente. Con la llegada a la presidencia del general Emilio Garrastazu Medici, en octubre de 1969, la línea dura se asentó de manera más firme. Aun así, los abogados del gobierno continuaron enmendando la Constitución a fin de lograr una justificación legal para los poderes en expansión del ejecutivo. El régimen Medici decretó una enmienda a la Constitución de 1967, otorgando al ejecutivo enormes poderes para proteger la seguridad nacional y restringir las

---

<sup>36</sup> El TSF ordenó la libertad de los estudiantes el 10 y 11 de diciembre, y el presidente Costa e Silva expidió el Acto Institucional No. 5 el 13 de diciembre.

libertades civiles y los derechos de las organizaciones políticas (Skidmore, 1988:109).<sup>37</sup> De 1969 a 1973 la violencia entre los grupos armados de oposición y las fuerzas represivas del Estado observó un escalamiento.

A pesar del aumento en los niveles de represión, el régimen Medici logró un cierto nivel de popularidad al presidir el “milagro” económico de Brasil. De 1968 a 1974, el Producto Interno Bruto (PIB) se aproximó a una tasa anual promedio de casi un 11%. Tal fenómeno económico otorgó un aire de legitimidad al régimen entre la clase media (Skidmore, 1988: 138). Las clases pobres, no obstante, perdieron soporte económico en tanto la distribución de los beneficios de crecimiento se tornó cada vez más inequitativa.

Luego del ascenso al poder del general Geisel en 1974, la represión fue profundizada lentamente. Advertidas del favorecimiento gradual que Geisel había otorgado a los procesos de liberalización, las organizaciones de la sociedad civil comenzaron a presionar el cambio. La Asociación de Abogados Brasileños (OAB) asumió el liderazgo en el desafío al gobierno militar. La oposición al régimen de esta Asociación fue política y socialmente relevante dado el estatus de elite de los abogados y de su organización en la sociedad civil brasilera.<sup>38</sup> Los miembros de la organización presionaron un retorno al Estado de derecho. En particular, demandaron responsabilidad por activistas desaparecidos e iniciaron la defensa de grupos más amplios de presos políticos. Igualmente, protestaron en contra del uso de la tortura y la acción policial arbitraria,

---

<sup>37</sup> Medici tomó esta medida poco después del secuestro de embajador norteamericano en Brasil, por parte de grupos armados de oposición. Para un recuento detallado de este episodio de secuestro ver Skidmore, (1988:101-104).

<sup>38</sup> Tradicionalmente, la educación legal en Brasil ha sido el camino hacia el poder público. La posición dominante del derecho y los abogados “producto inicialmente de la época colonial, fue también muy evidente durante la Primera República y a finales del siglo XIX...” (Dezalay, 1996:7). La influencia política de los abogados se hace evidente al examinar su participación en el gobierno. “Entre 1831 y 1840, el 56,6% del gabinete ministerial y el 71,4% de los senadores fueron abogados. Entre 1871 y 1889, tales proporciones aumentaron a 85,7% y 71,7% respectivamente. En el Congreso elegido en 1982, el 60,6% de los 479 representantes eran licenciados en Derecho” (Falcao, 1988). Resulta característico de los abogados brasileños un fuerte compromiso frente a los ideales políticos liberales que, con frecuencia, tiene un especial papel en los momentos de transición política (412). La OAB, por ejemplo, apoyó inicialmente el derrocamiento militar de presidente Goulart considerando que el Ejército preservaría de mejor manera el Estado de derecho. Véase Botelho Junqueira (1998:2), manuscrito no publicado. Para 1972, no obstante, la OAB comienza a percibir la amenaza que, para el orden legal, representaba el régimen militar. En una declaración emitida ese año, los miembros de la organización proclamaron: “la causa más importante para nuestro país es la primacía del derecho”, y continuó por advertir a los generales de la importancia de la libertad y la justicia (Skidmore 1988:186).

exigieron la revocación de la legislación represiva, y presionaron la reincorporación del hábeas corpus para delitos políticos y el respeto por los derechos políticos, civiles, sociales y económicos.<sup>39</sup>

Geisel permitió la supervivencia de una serie de controles sobre el cuerpo judicial, probablemente para aplacar los recelos de la línea dura frente a la liberalización. En 1977 bosquejó una "reforma judicial" para enmendar la Constitución, proyecto que fue rechazado por el Congreso. Transcurridos dos días de la votación en contra, Geisel cerró el Congreso apoyado en los poderes extraordinarios para gobernar por decreto, reconocidos al ejecutivo en el Acto Institucional No. 5. Dentro de las dos semanas siguientes, y también mediante un decreto, Geisel emitió la versión original de la enmienda de "reforma judicial" previamente desechada por el Congreso. Tal medida creó un Consejo de la Magistratura (Conselho da Magistratura) a fin de disciplinar a los jueces desleales y remover los juicios de las cortes civiles a la policía militar, estableciendo tribunales militares especiales (Moreira, 1985: 149). La OAB se opuso vehementemente a tales medidas.

A finales del año siguiente, empero, Geisel restableció nominalmente la independencia judicial. Una enmienda constitucional reconoció el periodo fijo de los jueces y despolitizó las decisiones sobre los salarios y las asignaciones judiciales (Skidmore, 1988: 203). Igualmente, revocó el Acto Institucional No. 5 y, entre otras medidas, restableció el hábeas corpus para presos políticos.

Geisel mantuvo el crecimiento económico, aunque no en las altas proporciones experimentadas durante el "milagro" ocurrido de 1968 a 1973. Entre 1974 y 1978 el PIB creció en una tasa promedio anual del siete por ciento. No obstante, la inflación se dobló, alcanzando un promedio de 37,9% entre 1974 y 1978 que contrasta con el promedio de 19,3% del periodo 1968-1973 (Skidmore, 1988: 206-207). En 1973, la caída en el precio del petróleo estropeó el balance de pagos de Brasil ocasionando una fuerte dependencia de los préstamos extranjeros.

El sucesor cuidadosamente elegido de Geisel, Joao Batistade Oliveira Figueredo, asumió la presidencia en 1979, prometiendo continuar con el proceso de liberalización iniciado por aquél. Durante sus primeros años de funcionamiento el régimen de Figueredo fue mixto, no obstante presidió la introducción de una importante reforma de amnistía. Una ley aprobada por el Congreso en 1979 amnistió a presos y exiliados por delitos políticos y "conexos" (incluida la tortura) y permitió a los jueces y otros empleados públicos despedidos por razones políticas regresar a su empleo, en espera de la decisión de un comité especial de investigación (Skidmore, 1988: 217-219).<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Para un análisis más amplio del papel de la OAB, véanse Moreira (1985: 160-162) y Botelho Junqueira (1998: 2).

<sup>40</sup> La ley no otorgó amnistía a individuos relacionados con la lucha armada y acusados por los definidos desde el gobierno como "crímenes de sangre" (Moreira, 1985: 211).

No obstante, el tema más destacado en la administración de Figueredo fue la recesión. Para 1982, la economía brasilera se tambaleaba: el PIB declinó bruscamente, el desempleo aumentó y la inflación alcanzó niveles sin precedentes.<sup>41</sup> Habiendo perdido toda la legitimidad basada en su desempeño económico, el régimen estuvo sujeto a presiones a favor de elecciones directas estimuladas principalmente por el lobby de la Asociación de Abogados.

El deterioro en la situación de la creciente población pobre brasilera alimentó igualmente la protesta. La inequidad en los ingresos aumentó sustancialmente entre 1960 y 1970. Aunque los datos de 1970 a 1980 son menos concluyentes, "la concentración de ingresos probablemente continuó..." (Skidmore, 1988: 286). En 1982, el desempleo alcanzó a un 12,3% de la población en edad laboral. Un 18% adicional se encontraba subempleada, percibiendo sumas mínimas como vendedores callejeros, limpiadores de ventanas o dedicados a otras actividades (Moreira, 1985: 233). Tal revés económico se evidenció igualmente en el hecho de que, para 1983, aproximadamente un 70% de la población observaba un consumo mínimo de calorías por debajo del necesario para el desarrollo humano (Skidmore, 1988: 234).<sup>42</sup>

Dentro de este contexto de desigualdades, de avance inicial hacia la liberalización política y de crecientes requerimientos de una democracia verdadera, una serie de jueces en la región sur del país formaron la Asociación de Jueces por la Democracia, conocida como el "movimiento de jueces alternativos" (Botelho, 1997: 156).<sup>43</sup> Creado en la segunda mitad de la década de los ochenta, este grupo se alió en torno al principio del "uso alternativo del derecho" que defendía una interpretación legal funcional a los intereses de las clases oprimidas. El movimiento alcanzó mayor popularidad a inicios de los noventa, y sus seguidores atribuyeron una serie de interpretaciones diversas a la práctica legal (Botelho, 1993). Un principio fundamental del movimiento fue identificar como mitos la imparcialidad y neutralidad del derecho. Una interpretación moderada, sugiere que el derecho alternativo propone a los jueces considerar el contexto social e histórico en el que aplican el derecho.<sup>44</sup> Una interpretación más

<sup>41</sup> En 1983, el PIB decreció en un 5%, el desempleo aumentó en un 15% comparado con los promedios de 1978 en las regiones metropolitanas de Rio de Janeiro y São Paulo, mientras la inflación alcanzó un 211% (Skidmore, 1988: 238).

<sup>42</sup> Incluso, el ejército llegó a preocuparse cuando se vio forzado a eximir a un 45% de los aspirantes al servicio en tanto no cumplían con el mínimo de peso y altura requeridos.

<sup>43</sup> El uso alternativo del derecho o derecho alternativo (*direito alternativo*) se remonta a la Italia posfacista y se vio influenciado por la "critique au droit" francesa (Pressburger, 1995: 25-27).

<sup>44</sup> Un antiguo magistrado del TSF, por ejemplo, sugirió que el derecho alternativo es "la interpretación y aplicación del derecho acorde a las incesantes transformaciones históricas y sociales del mundo en que vivimos". Véase Bomfim (1998: 28) quien cita al magistrado Evandro Lins e Silva, destituido por el régimen militar en 1969.



dogmática, afirma que el poder judicial debe aliarse al servicio de las luchas adelantadas por la masa de pobres (1993: 113). Los detractores, por su parte, sostienen que el derecho alternativo conduce a la anarquía en tanto anima a los jueces a considerarse por encima del derecho, y como los únicos intérpretes de la voluntad popular (Lino, 1994).<sup>45</sup>

Mientras los jueces intentaban revertir efectos particulares del régimen militar, una asamblea constitucional buscaba hacer lo mismo por medio de la creación de una nueva Constitución. El Congreso elegido en 1986, que incluía al entonces senador Fernando Henrique Cardoso, conformó en 1987 y bajo un modelo unicameral una Asamblea Constitucional con el fin de elaborar una nueva Constitución, la cual fue adoptada finalmente en 1988 y aún continúa vigente.

El nuevo esquema constitucional sitúa al poder judicial en una posición prominente para proteger el sistema democrático naciente. Aunque sus creadores evitaron reformas políticas importantes, intentaron incluir en la Constitución “resguardos democráticos en contra de un posible retorno al autoritarismo a través de una serie de medidas institucionales, entre las cuales figuran de manera destacada...: la adopción de una extensa y detallada carta de derechos [y] la expansión de garantías constitucionales para la protección judicial de los derechos” (Castro 1997).

La Constitución de 1988 crea una nueva especie de jueces federales. Con el propósito de descongestionar al Tribunal Supremo, la Constitución crea cinco cortes regionales de apelación en un nivel intermedio, inmediatamente superior al de los tribunales de instancia. En adición, la nueva Constitución reemplazó a las antiguas cortes federales de apelación por un nuevo Tribunal Superior de Justicia (STJ) a ubicarse entre las cortes de apelación regionales y el Tribunal Supremo. Tal tribunal Superior se ha apropiado de mucha de la jurisdicción anteriormente asignada al Tribunal Supremo (Arantes, 1997: 98).

La Constitución de 1988 mantuvo la división del sistema judicial brasilero en cortes federales y estatales. Adicionalmente, las cortes se clasifican en tribunales de justicia ordinaria –divididos a su vez en tribunales civiles y penales– y tribunales de justicia especializada –divididos en tribunales laborales, militares y electorales–. Los tribunales especializados operan exclusivamente a nivel federal. Los tribunales ordinarios incluyen jueces de instancia a nivel estatal y una corte de apelación estatal, sistema que incluye un recurso de apelación de uno o dos niveles a través de las cortes federales superiores. En algunos Estados operan igualmente tribunales de pequeñas causas denominados tribunales especiales. Los casos relacionados con los go-

---

<sup>45</sup> Un académico jurídico se refirió de manera crítica a la filosofía del derecho alternativo como la “teología de la liberación” de los jueces (entrevista a José Luis Carvalho, profesor de economía, Universidad de Santa Ursula, Rio de Janeiro, Brasil, junio 9 de 1998).

biernos federales son resueltos en los tribunales de justicia federal, los cuales incluyen una corte de apelaciones en cada Estado, las nuevas cortes de apelación regionales, y dos niveles adicionales de Cortes de apelación federales: el STJ, para causas ordinarias, y el TSF, para causas constitucionales y recursos extraordinarios de apelación (Falcao, 1988: 412).

La Constitución estipula que la mayoría de los jueces debe ingresar a la profesión por medio de un examen público.<sup>46</sup> Una quinta parte de los jueces en las cortes regionales y en los tribunales estatales, territoriales y de Distrito Federal deben conformarse a partir de listas de abogados elaboradas por el Ministerio Público o miembros de la Asociación de Abogados.<sup>47</sup> La promoción se basa en el mérito y la antigüedad.<sup>48</sup>

El cuerpo judicial brasilero es mayoritariamente joven y masculino. El promedio de edad de los jueces que ingresan a la carrera judicial disminuye progresivamente. Dentro del grupo de jueces que ingresaron a la carrera durante 1981 y 1982, menos del 30% tenían treinta años o menos, lo cual contrasta con el promedio, diez años más tarde, de 52% (Wernneck, 1997: 67).<sup>49</sup> Actualmente, el promedio de edad de los jueces es de cuarenta y dos años. Aproximadamente un 81% de los jueces son hombres, cifra que tiende a una disminución gradual dado el mayor acceso de las mujeres a los cargos judiciales.<sup>50</sup> Las estadísticas raciales en el sistema judicial no son fáciles de encontrar.<sup>51</sup> No obstante, la evidencia sugiere que los jueces son, en una abrumadora mayoría, de piel blanca. Similarmente, el contexto socioeconómico de los jueces

<sup>46</sup> Constitución brasilera, art. 93, Sec. I. Tal examen se considera excepcionalmente difícil. En 1994, 3.300 candidatos se registraron para el examen en el estado de Sao Paulo, y sólo 41 lo aprobaron (Bonelli, 1997: 4).

<sup>47</sup> Constitución brasilera, art. 94. La Asociación de Abogados y aquella que representa a los abogados oficiales presentan, por separado, una lista de seis nombres de abogados que cuentan con al menos diez años de experiencia profesional. La Corte reduce cada lista a tres aspirantes y envía los nombres al ejecutivo, quien selecciona uno por designación.

<sup>48</sup> Constitución brasilera, art. 93, Sec. II. El mérito se basa en "un criterio de prontitud y fiabilidad en la administración de justicia y en el desempeño en cursos de extensión reconocidos", Constitución brasilera art. 93, Sec. II, c).

<sup>49</sup> El director de la escuela que prepara a los aspirantes para el examen de ingreso afirmó que la mayoría de abogados que aplican para la carrera judicial se encuentra entre los 25 y 30 años de edad. Véase el reporte del director de la Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Manoel Carpena Amorim, "Os Jovens Juizes", en *Jornal do Brasil*, junio 19 de 1998, p. 9.

<sup>50</sup> Wernneck et al. reportan e interpretan los resultados de una muestra realizada sobre casi 4.000 jueces federales y estatales de todo el país.

<sup>51</sup> Curiosamente, uno de los estudios más completos sobre jueces, cuyo cometido es retratar el "alma y corazón" del cuerpo judicial en Brasil, no ofrece información relacionada con la raza (Wernneck, 1997).

es difícil de determinar. A finales de los noventa, aproximadamente el 20% de los nuevos jueces eran hijos de personas con título universitario. En los noventa tal porcentaje se dobló. Los sociólogos brasileños han concluido que ésta y otra información sugiere que las clases bajas son cada vez menos representadas en el sistema judicial.

## **ELEMENTOS QUE CONDICIONARON LA REFORMA JUDICIAL**

El propósito del gobierno brasileño de lograr políticas económicas orientadas globalmente determina la elección por parte de Cardoso de ciertas medidas de reforma judicial. Ello se debe, en gran medida, a las características del sistema legal y cultural brasileño. En concreto, la Constitución brasileña hace responsables a los jueces por la protección de nuevos y ampliados derechos sociales e individuales. Apoyados en los nuevos derechos y acciones prescritos constitucionalmente, los brasileños han desafiado importantes medidas económicas y de reforma al Estado, logrando en ocasiones el apoyo de una serie de jueces orientados hacia lo social y proclives a favorecer los intereses de los demandantes afectados por encima de las iniciativas gubernamentales de reforma. El resultado conjunto de tales factores ha conllevado de un lado la congestión de los despachos judiciales, pero también la imposición por parte de los jueces de impedimentos al objetivo gubernamental de integración total a la economía global. En lo que resta de esta sección, se examinan los tres factores que han dado origen a las iniciativas de reforma de Cardoso: el impacto de la Constitución de 1988 en los jueces, el programa de recuperación económica del gobierno, y la respuesta de los jueces frente al creciente uso político de las cortes.

### **Derechos y acciones ampliados en la Constitución de 1988**

La Constitución de 1988 fue elaborada en un momento en el que la confianza en el poder transformativo del derecho se encontraba en alza y el gobierno brasileño jugaba un papel importante en la dirección del desarrollo social y económico. El gobierno se encontraba fuertemente comprometido en sectores estratégicos de la economía nacional, y recientemente el régimen militar había cedido el poder ante la oposición de base amplia que demandaba un retorno al Estado de derecho y participación popular en el gobierno. La Nueva Constitución reflejó este clima al adoptar disposiciones tales como estabilidad laboral garantizada en el sector público, restricciones a la apropiación extranjera en sectores clave de la economía, y disposiciones encaminadas a fortalecer el papel de los jueces, por medio de la creación de nuevos derechos y acciones que, en esencia, invitan a la sociedad civil a ejercer control sobre la acción del gobierno.

Los constituyentes asumieron un modelo dirigista, creando una Carta que no sólo organiza el poder sino que prescribe un programa orientado hacia el logro de una profunda transformación política, económica y social. El rango de derechos sociales, por ejemplo, incluye educación, recreación, empleo y protección a la maternidad

y la niñez.<sup>52</sup> La nueva Constitución se encuentra plagada de normas programáticas, las cuales requieren de una legislación complementaria que las haga operativas.

Bajo la nueva Constitución, el poder judicial se encuentra en una posición central para asegurar la implementación de los planes y programas constitucionales. A fin de activar el ejercicio del poder judicial, la Constitución perfila amplias acciones judiciales a partir de normas de corte liberal. La Constitución faculta a los ciudadanos individuales, los sindicatos, los partidos políticos y otras asociaciones para interponer demandas judiciales en contra del gobierno con relativa facilidad (siempre que los demandantes cuenten con los recursos económicos suficientes).

La Constitución otorga a los jueces la autoridad para implementar los derechos constitucionales de aplicación directa. Los jueces son investidos con el poder para “declarar inconstitucionales leyes o actos normativos del gobierno, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros [de la Corte] o de los miembros de la respectiva corporación especial”.<sup>53</sup> Igualmente, proporciona acciones por medio de las cuales el poder judicial puede exigir al gobierno la implementación de las promesas constitucionales que no pueden ser aplicadas de manera directa. Los jueces pueden, por ejemplo, emitir un mandamiento judicial (mandado de injuncao) “siempre que la ausencia de normas haga irrealizable el ejercicio de los derechos constitucionales, libertades y prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía”.<sup>54</sup> Además, la recientemente ampliada acción de inconstitucionalidad (acao direita de inconstitucionalidade) otorga al Tribunal Supremo un poder sin precedentes para declarar “la ausencia de medidas necesarias para hacer efectiva una norma constitucional” y notificar a la rama del gobierno apropiada para que adopte las medidas correspondientes”. La Constitución extiende las categorías de grupos e individuos facultados para solicitar ante el Tribunal Supremo el ejercicio de dicho control, incluyendo al

---

<sup>52</sup> Constitución brasilera, art. 6. La sección titulada “Derechos fundamentales y garantías” abarca casi seis páginas, incluyendo capítulos sobre “Derechos y deberes individuales y colectivos”, “Derechos sociales” y “Derechos Políticos”, Constitución brasilera, Título II.

<sup>53</sup> Constitución brasilera, art. 97. En teoría, a partir de la adopción de la primera Constitución en 1891, los tribunales brasileros han operado dentro de un sistema de control descentralizado bajo el cual todos los jueces se encuentran investidos con el poder de control constitucional sobre los actos legislativos. No obstante, al atacar la jurisdicción y minar la independencia de las Cortes inferiores, el régimen militar centralizó el poder de control constitucional en el Tribunal Supremo.

<sup>54</sup> Constitución brasilera, art. 5, sec. LXXI. Esta nueva provisión tiene como fin superar la inercia legislativa al proteger derechos constitucionales no regulados. El TSF la ha interpretado de forma restrictiva: la Corte no puede rectificar la omisión legislativa o regulativa, sólo puede señalar su existencia. Tal norma muestra un tenue parecido con la orden de interdicción propia del derecho inglés y norteamericano.

presidente, los diputados federales y estatales, los gobernadores estatales, el procurador general federal, la Asociación de Abogados, los partidos políticos y las confederaciones de sindicatos.<sup>55</sup>

Otra serie de acciones refuerzan igualmente el poder judicial y ubican a los jueces, potencialmente, en el centro de controversias políticas, al otorgar acciones a individuos, grupos y asociaciones que les permiten desafiar las políticas del gobierno. El nuevo Mandato de Seguridad Colectiva (mandado de seguridad colectiva), por ejemplo, permite a los partidos políticos, sindicatos, entidades de clase y asociaciones con más de un año de actividades, proteger los derechos de sus miembros.<sup>56</sup> Igualmente, extiende el alcance de la acción popular (el *acao popular*), procedimiento que permite a un ciudadano defender el "patrimonio público". Actualmente, los ciudadanos pueden demandar a fin de anular un acto que atente en contra de "la moralidad administrativa, el medio ambiente y los monumentos históricos y culturales".<sup>57</sup> Finalmente, la Constitución instituye el *habeas data*, un nuevo recurso procesal que faculta a cualquier individuo para "conocer la información que el gobierno tiene sobre él en sus bancos de datos y para rectificar esa información si es incorrecta" (Rosenn, 1992: 389).<sup>58</sup>

### **Una nueva estrategia para el crecimiento económico**

Poco después de la adopción de la Constitución, los policymakers brasileños comenzaron a transformar de manera radical la estrategia de crecimiento económico. Tal transformación eventualmente atrajo mayor atención sobre los jueces, en tanto los nuevos derechos y acciones de la Constitución de 1988 permiten a los brasileños controvertir las medidas gubernamentales económicas y de reforma estatal por medio del litigio. La forma en que los jueces han respondido frente a dichas acciones constituye un factor que contribuye a la agenda de reforma judicial de Cardoso.

Junto a muchos de los países del hemisferio occidental, a partir de 1930 Brasil adoptó una estrategia de crecimiento económico que otorgaba al Estado un papel central en la dirección y promoción de la economía. El gobierno mantuvo aranceles altos para proteger a los empresarios nacionales, subsidió ciertos productos, fijó los precios de ciertas mercancías y ejerció un control monopólico sobre sectores estratégicos de la economía. El régimen militar brasileño se adhirió a este modelo de regula-

<sup>55</sup> Constitución brasileña, art. 103. Para una descripción más completa de este procedimiento ver las notas 133 y 134.

<sup>56</sup> Constitución brasileña, art. 5, sec. LXX.

<sup>57</sup> Constitución brasileña, art. 5, sec. LXXIII. Tal mecanismo también exige al demandante del pago de costos judiciales y, en caso de perder, de la responsabilidad por los honorarios y gastos de representación de la contraparte.

<sup>58</sup> En referencia al art. 5, sec. LXIX de la Constitución brasileña.

ción estatal, mas cuando cedió el poder, dejó un legado de recesión, inflación en alza y crisis fiscal en crecimiento. Ante la ausencia de las herramientas necesarias para contrarrestar estos severos problemas económicos, la administración civil de Jose Sarney, entre 1985 y 1989, los acentuó aún más.<sup>59</sup>

Luego de seis décadas de procurar un crecimiento apoyado en políticas económicas proteccionistas, en 1990 los líderes brasileros comenzaron a orientarse hacia el mercado global en busca de oportunidades de desarrollo. Desde entonces, la sociedad brasilerha ha estado sumergida en enormes y rápidos cambios económicos, diseñados para dismantelar el Estado interventor y acoger una política de liberalización económica que refleje el paradigma dominante en el pensamiento sobre el desarrollo alrededor del mundo. Ilustrando el grado en el que los líderes brasileros se sienten compelidos por presiones globales para adoptar esta estrategia, uno de los miembros del gabinete de Cardoso afirmó: "El mercado logró mucho más espacio a nivel mundial y transformó la competitividad internacional en una condición que determina la supervivencia del desarrollo económico de cada país" (Bresser, 1997).<sup>60</sup> Las medidas de reforma se han concentrado en el logro de una estabilidad macroeconómica, desarrollando los mercados y las instituciones conexas, desregulando la actividad económica, promoviendo el comercio regional e internacional, y facilitando el libre flujo de inversión, medidas que intentan fortalecer la posición de Brasil en el mercado global.

El gobierno de Collor (1990-1992) abrió a la privatización las industrias de acero y petroquímicas, e intentó disminuir el déficit crónico del Estado mediante la reducción del servicio civil.<sup>61</sup> El presidente Franco, quien designó a Cardoso como su ministro de finanzas, aseguró temporalmente una reforma fiscal y tributaria a fin de apoyar las medidas de estabilización económica del primero de marzo de 1994, la Unidad Común de Referencia (UVR) y el Plan Real del primero de julio de 1994.

El presidente Cardoso asumió su cargo el primero de enero de 1995 y lanzó una agenda de reforma basada en una secuencia lineal que daba preferencia a las reformas económicas. En particular, Cardoso reconoció que la liberación inmediata de las

---

<sup>59</sup> El déficit contable presupuestal tomó una nueva dirección como efecto de la implementación de una nueva norma en la Constitución de 1988, que redistribuyó la base nacional de impuestos. El nivel de transferencia del rédito del gobierno federal hacia el Estado y los gobiernos locales se incrementó, dejando menos réditos para el primero, sin una transferencia acorde de programas federales hacia el Estado (Fleischer, 1998).

<sup>60</sup> Bresser expone el plan de reforma estatal en Brasil, tal como fue inventado y administrado por el Ministerio de Administración Federal y Reforma al Estado bajo su dirección.

<sup>61</sup> Para una revisión de la legislación que suministra la estructura para la privatización de las empresas estatales, ver Carlos Alberto Longo (1993: 50-51).

estrictas restricciones al capital extranjero y los monopolios nacionales, era necesaria para atraer la inversión extranjera, crucial para sustentar la economía durante la transición al Plan Real (Fleischer, 1998). La reducción del déficit mediante la reforma tributaria también figuró de manera destacada. La segunda ola de reformas se concentró en cambios administrativos de la burocracia estatal, en un esfuerzo por detener el desangre del tesoro público. En concreto esta polémica agenda incluyó una reducción del servicio civil, una erradicación de las agencias innecesarias y una reforma al sistema público de seguridad social.<sup>62</sup>

Hacia la segunda mitad de la década de los noventa, los indicadores económicos reflejaban los beneficios de esta trayectoria de libre mercado. La inflación disminuyó de un 3.000% en 1994 a un 3% en 1998. La inversión y reinversión extranjera aumentó de sólo \$35 billones en junio de 1991 a \$58 billones en junio de 1995.<sup>63</sup>

Las políticas económicas enclavadas en un único mercado global pueden representar una estrategia legítima de crecimiento para Brasil, tal como lo sugiere el modelo económico prevalente. No obstante, elementos de esta estrategia contrarían la tradición brasilera de un Estado fuerte, reflejada en la Constitución de 1988. Adicionalmente, algunos de sus mandatos implican cargas que afectan a casi todos los sectores de la sociedad. A pesar de los resultados beneficiosos y del potencial de crecimiento a futuro, la reestructuración económica orientada a satisfacer las demandas de una economía global exigió altos costos a la sociedad brasilera. La tasa promedio de desempleo en el país, por ejemplo, era del 3,42% para diciembre de 1994. A finales de 1998, la tasa de desempleo en São Paulo, el corazón industrial de Brasil, era del 19%.<sup>64</sup> El salario mínimo mensual decreció de \$88.50 dólares en 1988 a \$64.22 en 1990, con una pequeña recuperación de \$74.33 dólares en 1993 (Boito, 1998).<sup>65</sup> Durante los últimos tres meses de 1998, el déficit presupuestal alcanzó el 7,2% del Producto Nacional Bruto.<sup>66</sup> A finales de los ochenta, una caída en las reservas presupuestales forzó la devaluación, agravando aún más el desempleo.

<sup>62</sup> Las pensiones del servicio civil alimentan la crisis fiscal brasilera y se esperaba que, para 1999, produjeran un déficit de \$35 billones. Véase Diana Jean Schemo, "Brazil's Austerity Plan Clears Important Hurdle on Pension Coast", en *N.Y. Times*, noviembre 6 de 1998, p. A12.

<sup>63</sup> Más de \$19 billones de la cifra de 1995 provinieron de la inversión norteamericana. Véase *Boletim do Banco Central do Brasil*, Suplemento Estadístico, diciembre de 1997, p. 351.

<sup>64</sup> Véase Diana Jean Schemo, "On Election Eve, Doubts Cloud Brazilians' Outlook", en *N.Y. Times*, octubre 2 de 1998, p. 3.

<sup>65</sup> Las cifras de salario mínimo mensual reportadas por Boito fueron calculadas respecto al valor del dólar en 1993.

<sup>66</sup> Ver D. J. Schemo, "Possible IMF Bailout Stirs Brazilians' Bitter Memories of 80's", *New York Times*, 1998, p. A 19.

La disminución del rol estatal en favor de las fuerzas del mercado y el sector privado ha significado igualmente una reducción en la función social de bienestar del Estado. Aunque Brasil no se haya convertido en un “Estado de bienestar”, en el sentido europeo del término, ciertos derechos sociales sucumbieron víctimas de las tendencias económicas liberales. Las nuevas políticas económicas, por ejemplo, encargaron los seguros, la educación, el cuidado en salud y el transporte al capital privado, permitiendo al gobierno reducir su inversión en programas sociales (Boito, 1998: 71). Esta “despolitización de la transformación social” contribuyó al “crecimiento dramático de la pobreza y las desigualdades sociales alrededor del mundo, tanto como a la erosión gradual de las frágiles redes de seguridad alguna vez proporcionadas por el Estado de bienestar, sin importar cuán incompleto o embrionario” (Santos, 1998: 29-30).

### **Efectos judiciales de la nueva Constitución y de los cambios en la política económica**

Provistos de nuevos procedimientos para vindicar los derechos ampliamente reconocidos en la Constitución de 1998, ciudadanos individuales, sindicatos y partidos políticos inundaron las Cortes con demandas relacionadas con las medidas económicas y de reforma estatal, en un esfuerzo por mitigar sus efectos nocivos.<sup>67</sup> Una de las consecuencias de esta explosión ha sido un crecimiento enorme en el número de casos en los despachos judiciales, incrementando la tardanza judicial. Un resultado tal vez más problemático de estas demandas consiste en que esta instrumentación política de las cortes ofrece a los jueces orientados hacia lo social una oportunidad para truncar las medidas económicas y de reforma estatal. La agenda de reforma judicial de Cardoso se dirige en contra de ambos resultados.

### **Una creciente tardanza judicial**

En promedio, los jueces brasileños tardan 1.500 días en resolver un caso (Pinheiro, 1998: 9).<sup>68</sup> Los más ansiosos frente a este factor relatan la historia de dos equipos de fútbol que disputaron el campeonato estatal de Río de Janeiro en 1907. El caso fue decidido finalmente en 1996.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> El éxito de los actuales planes de estabilización contribuye igualmente a que los brasileños acudan de manera voluntaria a los tribunales. En tanto el Real es relativamente estable, algunos brasileños encuentran que incluso disputas en torno a pequeñas sumas de dinero ahora valen la pena.

<sup>68</sup> Documento en poder de su autor.

<sup>69</sup> Véase Instituto de Estudos Economicos, Sociais e Politicas de São Paulo, “Economic Costs of Inefficiency in Brazil”, noviembre de 1997, p. 1, proyecto de documento inédito.



El problema de retraso surge del abismo creciente entre el número de demandas y el número de jueces y tribunales. Durante la última década se ha registrado un enorme crecimiento en el número de casos judicializados. En 1989, el Tribunal Supremo conoció 9.632 casos.<sup>70</sup> Tal cifra casi se dobla en 1990, año en que se dio la primera elección presidencial directa y democrática.<sup>71</sup> En 1997, 33.963 casos fueron conocidos por el TSF.<sup>72</sup> Tal explosión de demandas es atribuible en gran medida al “incremento de la movilización social encauzada a través del proceso judicial, en contra de las políticas de reforma que intentaban superar el populismo económico de gobiernos pasados” (Castro 1997: 242).<sup>73</sup> Los nuevos derechos sociales y las acciones judiciales inscritas en la Constitución de 1988 facilitaron el uso de los tribunales para protestar en contra de las nuevas reformas. Tal aumento en el número de casos judicializados implicó una carga creciente para las Cortes superiores, en tanto el sistema brasileiro de control difuso permite la apelación a través de, al menos, dos niveles de cortes de apelación, e incluso un tercero y un cuarto nivel dependiendo de la postura procedimental y del problema sustancial del caso.

Mientras los brasileiros acuden a las Cortes en cifras sin precedentes, cifras igualmente impresionantes de cargos judiciales permanecen vacantes. A nivel nacional, aproximadamente un 25% de los puestos judiciales se encontraban vacíos<sup>74</sup> (Pinheiro, 1998: 10).

La creciente escasez de jueces se debe en parte a la complejidad del examen de entrada a la carrera judicial, cuya aprobación se encuentra más allá de las capaci-

<sup>70</sup> Véase Carlos Mario da Silva Velloso, “The Judicial Power: How to Make it More Agile and Dynamic-Binding Effect and Other Subjects”, p. 10. Documento no publicado, presentado en una conferencia el 20 de septiembre de 1999. El manuscrito es de un magistrado del TSF.

<sup>71</sup> En 1990, 18.549 casos fueron presentados ante el TSF. Véase Carlos Mario da Silva Velloso, nota al pie 73, p. 10-11 y Castro (1997: 246) quien cita cifras que indican que, durante 1995, se interpusieron 16.388 demandas ante el TSF.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, p. 11. En 1998, el TSF adjudicó 51.086 casos. Carlos Eduardo Lins da Silva, “Tribunal Militar Reage a Ideia de Extincao”, en *Folha de São Paulo*, marzo 4 de 1999, p. 9. Las estadísticas sobre las cortes federales inferiores son similarmente vehementes. En 1989 las cinco cortes regionales de apelación recibieron un total de 96.021 casos. Para 1989, tal cifra aumentó hasta casi 317.000 (Poder Judiciario, 1998: 13). Las cortes federales, por su parte, recibieron más de 230.000 casos en 1989 y más de 900.000 en 1997 (Poder Judiciario, 1998: 29-31)

<sup>73</sup> Un magistrado del TSF confirmó que el incremento en el número de casos es en gran parte atribuible a las medidas de recuperación económica del gobierno, (Entrevista a Carlos Mario da Silva Velloso, magistrado del TSF, Brasilia, junio 22 de 1998).

<sup>74</sup> Para finales de 1997 existían 733 cargos de juez federal, de los cuales 203 permanecían vacantes. De 101 cargos de juez regional federal, nueve se encontraban vacantes (Poder Judiciario, 1998: 8).

dades de los nuevos licenciados en derecho. Adicionalmente, un gran número de jueces comenzó a retirarse prematuramente en 1995, luego de que Cardoso iniciara una serie de esfuerzos por disminuir los beneficios de retiro para los empleados públicos. No obstante, aun si todos los puestos judiciales se encontrasen ocupados, Brasil presentaría una proporción baja de jueces respecto al número de ciudadanos: un juez por cada 19.200 habitantes aproximadamente.<sup>75</sup> Dadas las actuales vacancias, un magistrado del TSF estimó que en 1990 la proporción era de aproximadamente un juez por cada 25.100 habitantes.<sup>76</sup> De acuerdo con los datos de 1993, tal proporción creció hasta un juez por cada 29.000 brasileiros.

### **Las decisiones de las cortes inferiores truncan las reformas estatal y económica**

El uso político de las cortes da lugar a efectos aun más complicados que el problema del retardo judicial. Algunos jueces inferiores, tanto estatales como federales, dan prioridad a derechos individuales y sociales de tipo local por encima de las metas económicas, y emiten decisiones que truncan las iniciativas de reforma a nivel federal.<sup>77</sup> La siguiente sección ofrece más detalles sobre la forma en que los jueces han emitido decisiones que afectan la implementación de leyes y actos administrativos de tipo económico y de reforma estatal. Tales ejemplos ilustran la compleja interacción entre tres factores: una constitución posautoritaria que garantiza amplios derechos sociales y acciones judiciales; las reformas económicas globalmente aceptadas y dirigidas a asegurar “la supervivencia del desarrollo económico [brasileño]” (Bresser, 1997: 15), y jueces de tribunales inferiores que forcejean en las cortes con estrategias nacionales de desarrollo potencialmente nocivas para los intereses sociales de tipo local.<sup>78</sup> Por medio de una restricción al poder de las cortes inferiores, la propuesta de reforma judicial de Cardoso se dirigió a extirpar los resultados nocivos de esta interacción.

---

<sup>75</sup> Véase Carlos Mario da Silva Velloso, nota al pie 73, p. 4. Tal cifra contrasta con un juez por cada 3.488 habitantes en Alemania, uno por cada 7.692 en Italia, y uno por cada 7.142 en Francia.

<sup>76</sup> Entrevista a Carlos Mario da Silva Velloso, magistrado del TSF en Brasilia, junio 22 de 1998, p. 5.

<sup>77</sup> Al respecto Faro de Castro afirma: “Tal presión [en contra de las iniciativas de reforma del gobierno] a menudo coincidió con jueces deseosos de tomar una posición más activa frente a las injusticias que percibían y frente a la resistencia a la autoridad judicial. Así, mientras la presión social encauzada a través del proceso judicial aumentaba, los jueces de los tribunales inferiores comenzaron, con frecuencia, a optar por cursos de acción más estrictos en contra del gobierno” (1997: 242).

<sup>78</sup> Estos ejemplos no constituyen, en forma alguna, un recuento exhaustivo de las decisiones de cortes inferiores que están relacionadas con medidas distributivas de reforma económica. Su única utilidad consiste en ilustrar las diversas formas en que los tribunales han truncado la implementación de iniciativas de este tipo.

### Barreras a la privatización

La venta de la Compañía Vale do Rio Doce, discutida en la introducción de este artículo, ofrece un vívido ejemplo de las acciones de los tribunales inferiores respecto de la privatización, mas no constituye la única acción en que esta última ha sido alterada o detenida por orden de los jueces. Más recientemente, en julio de 1998, una serie de individuos y organizaciones invocaron una acción judicial para bloquear la venta de Telebras, la Compañía Telefónica Nacional Brasileira.<sup>79</sup> Habiendo sido tomado por sorpresa en el caso de las acciones legales relacionadas con la venta de la Compañía Vale do Rio Doce, el gobierno se encontraba preparado para una batalla legal en torno a la venta de Telebras. Para tal efecto, dirigió una serie de sesiones de entrenamiento para cientos de abogados y planeó ubicar al menos dos de ellos en cada una de las veintisiete cortes federales alrededor del país, con el fin de evitar realizar maniobras para oponerse a solicitudes de mandamiento judicial de último minuto y dificultar el uso de las cortes, tal como se hizo necesario antes de la subasta de la CVRD.

### Obstáculos a la reforma tributaria

La reforma tributaria ha adquirido una enorme importancia en Brasil, no sólo como un medio de aliviar el déficit crónico, sino también como un indicador de la reforma presupuestaria. Tal reforma resulta vital para afianzar los acuerdos de Brasil con el Fondo Monetario Internacional y para garantizar, a los potenciales inversores, que el país se encuentra progresando hacia una reforma fiscal.<sup>80</sup>

De acuerdo con el director ejecutivo del Banco Interamericano de Desarrollo, "Brasil se aproxima al nivel de los poderes económicos globales, no obstante, debe resolver sus problemas tributarios antes de que el crecimiento realmente pueda despegar".<sup>81</sup> Mientras en 1997 la crisis económica se apoderaba de parte de Asia, el

<sup>79</sup> Véase Felipe Patury y Joao Sorima, quienes reportan que el gobierno estaba preparando a más de 450 abogados para ocuparse de las demandas contra la subasta de Telebras. Véase igualmente, "Telebras 1", en *Journal de Brasilia*, junio 22 de 1998, p. 2 informando que la oficina del fiscal general estaba preparando a 670 abogados para la avalancha anticipada de demandas encaminadas a impedir la venta de Telebras.

<sup>80</sup> En octubre de 1998, por ejemplo, miembros del gobierno brasilero se reunieron en Washington con miembros del FMI y prepararon un proyecto para aumentar en US\$14 billones el ingreso por impuestos a través de la creación de nuevos tributos y el incremento de los existentes, con la esperanza de asegurar la asistencia del FMI. Diana Jean Schemo, "Brazil Plans \$20 Billion in Tax Hikes, Budget Cuts", en *N.Y. Times*, octubre 17, 1998, p. A4.

<sup>81</sup> Véase Angus MacSwan, "Brazil Tax Reform Urged by International Banker", en *Reuters Financial Service*, enero 30 de 1997, en donde cita el discurso de Ronald Scheman para la Cámara de Comercio Brasilero-Americana.

aumento en los impuestos se convirtió en un elemento clave en el intento del gobierno de Cardoso por reducir la desconfianza frente a una eventual devaluación de la moneda.<sup>82</sup> Muchas medidas tributarias han sido cuestionadas por medio de mecanismos legales. Las cortes inferiores a menudo impiden de manera preliminar la captación de impuestos considerados inconstitucionales o ilegales, frustrando los múltiples propósitos de nuevas medidas tributarias. Tales desafíos judiciales a los impuestos han truncado los planes presupuestales de Cardoso en más de una ocasión, durante su cargo como ministro de Hacienda y, más recientemente, durante su cargo presidencial.

Como ministro de Hacienda Cardoso diseñó un impuesto sobre las transacciones financieras derogado más tarde por los jueces.<sup>83</sup> En años recientes, su administración apoyó un impuesto similar que también ha sido controvertido. A fin de resguardar este nuevo impuesto frente a decisiones adversas de tribunales inferiores, Cardoso adoptó medidas extremas, entre ellas, despedir a toda la junta directiva de uno de los más grandes bancos controlados por el gobierno, luego de que uno de sus ejecutivos solicitara una orden judicial para eximir a la institución del pago de este tributo.<sup>84</sup>

En particular, los ajustes a impuestos corporativos que sustentan el fondo de seguridad social se han impedido por medio de mandatos judiciales preliminares.<sup>85</sup> Varias medidas de captación tributaria, tales como el establecimiento de un tope en las deducciones para los gastos en educación, han sido similarmente frustradas por los

---

<sup>82</sup> En noviembre de 1998, Brasil negoció con el Fondo Monetario Internacional un paquete de ayudas por \$41.5 billones a fin de sostener su economía luego de la crisis asiática de 1997. En un momento en el que el apoyo a la reforma económica declinaba, tal acuerdo implicó una presión adicional sobre el gobierno de Cardoso para obedecer las condiciones fiscales anexas al préstamo. A fin de asegurar los desembolsos del préstamo, Brasil se comprometió a lograr ambiciosas metas de ingresos por medio de severos recortes al gasto e incrementos tributarios. A este respecto, véase Richard W. Stevenson, "Brazil is Warned to Clean Up Its Economic Act", en *N.Y. Times*, enero 16 de 1999, p. B1, 4.

<sup>83</sup> Sólo unos meses más tarde Nelson Jobim, un colega de Cardoso en el senado quien más adelante se convertiría en su Ministro de Justicia y designado para el TSF, sugirió por primera vez la idea de un precedente vinculante, una de las propuestas clave de reforma de Cardoso (entrevista a Nelson Jobim, magistrado del TSF, en Brasilia, junio 29 de 1998).

<sup>84</sup> Respecto a la acción judicial del Banco Do Estado de São Paulo, comenta un observador: "no son deseables los individuos que cuestionan este impuesto ante los jueces". Véase Simon Romero, "Brazil Ousts Bank Board That Opposed Tax", en *N.Y. Times*, junio 24 de 1999, p. C4.

<sup>85</sup> Véase STF, "Nao Reconhece Tributo fora da Lei", en *Jornal do Commercio*, agosto de 1995, p. 22. Tal artículo se refiere, en particular, a los impuestos en beneficio del Programa de Integración Social y de la contribución para el financiamiento de la seguridad social (Cofins).

decisiones de cortes inferiores).<sup>86</sup> De hecho, aun en ocasiones en que el TSF ha refrendado un impuesto, las cortes inferiores han continuado emitiendo órdenes preliminares que impiden su captación.<sup>87</sup>

### **Impedimentos a la reforma monetaria**

Al tomar posesión en enero de 1990, el presidente Collor promulgó medidas de reforma monetaria mediante una serie de decretos ejecutivos. Esta secuencia de nuevos planes monetarios también provocó protestas ante los jueces, lo cual arrojó decisiones de tribunales inferiores impidiendo la implementación de algunas de estas medidas. Los tribunales inferiores, por ejemplo, intentaron imponer mandatos judiciales que atacaban aspectos específicos del "Programa Collor" en contra de la inflación.<sup>88</sup> En marzo 15 de 1990, Collor congeló las cuentas de ahorros por dieciocho meses, denegando acceso a cualquier suma superior a US\$1.000 (Medida Provisional 1680, 1990). Tal medida fue señalada como una violación flagrante a la Constitución de 1988 y se estima que promovió la interposición de miles de acciones judiciales.<sup>89</sup> Inicialmente, las decisiones de las cortes inferiores fueron favorables a los demandantes, lo cual amenazó con desviar el nuevo paquete monetario de Collor. Tres días después de introducir la medida de congelación, Collor emitió un decreto ejecutivo adicional prohibiendo a los jueces conceder órdenes en contra de cualquier decreto anterior relacionado con su programa (Medida Provisional 173, 1990).<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Al menos un juez de las cortes inferiores invalidó el nuevo tope, permitiendo a los contribuyentes deducciones ilimitadas. "Brazilian Treasury to Appeal against Income Tax Injunction", en *Gazeta Mercantil Invest. News*, abril 23 de 1997 (Lexis).

<sup>87</sup> Véase "Emenda Tenta Unificar Decisoes do Judiciario", en *Jornal de Brasília*, febrero 12 de 1995, p. 3, en referencia a las sentencias judiciales de las cortes inferiores en contra de los impuestos a beneficio de Cofins, previamente apoyados por el TSF.

<sup>88</sup> Al tenor de la Constitución de 1988, el presidente mantiene amplios poderes para emitir decretos por el mecanismo de "medida provisional" (medida provisoria). Tal medida lo autoriza a emitir legislación por decreto en situaciones "urgentes". Tal legislación adquiere efectividad de manera inmediata, perdiendo efecto 30 días más tarde en caso de no ser aprobada por el Congreso. No obstante, el presidente ha continuado renovando sus medidas provisionales cada 30 días. Constitución brasileña, arts. 63 y 84, sec. XXVI.

<sup>89</sup> Los observadores atribuyen el enorme incremento en el número de acciones judiciales en áreas urbanas desde 1990 hasta 1991, a demandas en contra del Programa Collor. En 1990 se interpusieron 75.314 acciones en los Tribunales Federales de São Paulo. El año siguiente, tal cifra aumentó a 339.859. En los tribunales federales de Rio de Janeiro, por su parte, se interpusieron 53.721 acciones en 1990, mientras que en 1991 se interpusieron 339.859 (Poder Judiciario 1998:63).

<sup>90</sup> La reacción del TSF frente a las solicitudes de control abstracto sobre el decreto inicial que ordenaba la congelación y la subsiguiente prohibición de órdenes en su contra constituye un interesante estudio de jurisprudencia política que se encuen-

En enero de 1991, Collor lanzó un segundo esfuerzo de estabilización de la moneda, estimulando medidas de alto costo social: un severo aumento en los precios del sector público, un congelamiento de precios y sueldos, así como cambios en las reglas de los mercados financieros. Luego de tales medidas, una serie de tribunales federales del nivel inferior ordenaron a la rama ejecutiva ajustar a la inflación los beneficios de seguridad y las pensiones. Collor, a su vez, convocó una sesión extraordinaria del Congreso a fin de emitir una ley incrementado los impuestos al empleo y las contribuciones a la seguridad social. Finalmente, los tribunales inferiores hundieron la medida (Longo, 1993).

### **Otras restricciones impuestas por las decisiones de las cortes inferiores**

Existen otros ejemplos extremos de reacciones de las cortes inferiores a lo que percibían como injusticias. En 1992, una intrépida decisión judicial provocó el encarcelamiento del presidente del Servicio Brasileiro de Seguridad Social, quien se rehusó a obedecer un incremento en las pensiones de jubilación ordenado judicialmente (Castro, 1997: 242). En otra decisión, un juez prohibió al Banco Central Brasileiro implementar un programa de reorganización financiera diseñado para prevenir una crisis importante en la industria bancaria (Castro, 1997: 242). Una segunda medida de regulación bancaria incitó una serie de demandas que llevaron al entonces presidente del TSF, ministro Octavio Galloti, a manifestar apoyo al precedente vinculante. En una de esas demandas, el Partido de los Trabajadores (PT) solicitó al TSF la revisión abstracta de un decreto ejecutivo que pretendía facilitar fusiones bancarias. El TSF se alineó con el gobierno federal en apoyo al decreto. Una semana después, el TSF rechazó la apelación ordinaria relacionada con la fusión bancaria interpuesta por el PT. Luego de tres días de emitirse esta decisión –la segunda proclamación definitiva de apoyo del TSF al decreto ejecutivo– un tribunal federal suspendió la implementación del decreto.<sup>91</sup>

### **El derecho alternativo como un factor en las decisiones judiciales que impiden la reforma económica**

Los fallos de las cortes inferiores que han bloqueado la implementación de medidas económicas y de reforma estatal, evocan al movimiento de derecho alternativo que atrajo a los jueces a inicios de la segunda mitad de los ochentas,<sup>92</sup> aunque no resulte claro que

---

tra más allá del alcance de este artículo. El TSF evitó determinar la constitucionalidad de los decretos, apoyado en varios argumentos procesales que le impedían conocer peticiones de control. De esta manera, la reticencia a actuar del TSF le evitó tener que denunciar al primer presidente elegido democráticamente en 25 años, quien a su vez se había posesionado con un apoyo público del 70% y un mandato para vencer la inflación.

<sup>91</sup> “STF Defende o Efeito Vinculante”, en *Jornal do Brasil*, diciembre 17 de 1995, p. 2.

los jueces que emiten decisiones contrarias a los esfuerzos de reforma gubernamentales lo estén haciendo expresamente bajo la bandera del “derecho alternativo”. Algunos jueces y académicos sugieren, por ejemplo, que los jueces no entienden a cabalidad los técnicos y complejos asuntos envueltos en los casos que cuestionan la validez de las medidas de reforma económica<sup>93</sup> y, en consecuencia, los fallos favorecen en ocasiones los más simples argumentos de los demandantes que alegan haber sido perjudicados. También es posible que los tribunales inferiores estén utilizando sus órdenes a manera de escudo, en respuesta a las críticas del gobierno al poder judicial. No obstante, existe evidencia de que los jueces consideran importante en la toma de su decisión el contexto social de las controversias, algunos de ellos en manifiesta adherencia al movimiento de derecho alternativo.<sup>94</sup> En un pequeño estudio de los jueces de tribunales estatales, un 5,7% de los examinados afirmó que sus decisiones se encontraban muy influenciadas por los temas de derecho alternativo. Un 62,9% adicional declaró que una pequeña porción de sus decisiones había sido influenciada por los principios del derecho alternativo. En otro estudio reciente, 83% de los jueces examinados coincidieron en que “el poder judicial no es neutral” y un juez debe interpretar el derecho para influir en el cambio social (Wernneck, 1997: 258-259).<sup>95</sup> Más del 26% de estos jueces afirmó expresamente estar de acuerdo con el deber de los jueces de asumir un papel activo en la disminución de las desigualdades sociales (Wernneck, 1997: 260).

Dada la historia del movimiento brasileiro de derecho alternativo, sumada al hecho de que algunos jueces se adhieren a sus principios, es probable que al menos una porción de las decisiones de los tribunales inferiores en contra de las medidas económicas y de reforma estatal tengan como propósito proteger a los demandantes

<sup>92</sup> Véanse las notas 46 a 48.

<sup>93</sup> Un profesor de economía en Río de Janeiro, por ejemplo, instituyó un seminario de entrenamiento en derecho y economía de una semana al año, bajo el convencimiento de que muchos fallos judiciales surgen de un mal entendimiento de los principios económicos. Su programa ofrece traducciones al portugués del trabajo de Milton Friedman (entrevista a Jose Luis Carvalho, véase nota 46).

<sup>94</sup> De hecho, el Código Civil establece que, al interpretar la legislación, “el juez debe tomar en cuenta los propósitos sociales pretendidos por la norma, así como las demandas de bienestar público. Como un posible ejemplo de la ejecución de esta norma, un magistrado del TSF describió así su práctica de juzgamiento: “Siempre que me encuentro frente a un caso controvertido, no busco inmediatamente el dogma del derecho. Trato de crear, dentro de mi carácter humano, una solución más adecuada. Es desde este punto que acudo al orden jurídico en busca del apoyo indispensable para hacer viable la solución”, véase Wernneck (1997:279) quien cita al magistrado Marco Aurelio de Mello, en una entrevista publicada en una popular revista semanal de noticias, Isto E, en 1996.

<sup>95</sup> Wernneck cita información recolectada a través de un cuestionario respondido por 3.927 jueces federales y estatales como parte de una muestra realizada en 1995.

más débiles y que son perjudicados por tales medidas. Sin importar la racionalidad que subyace a ellas, estas decisiones contrarias a los esfuerzos de reforma del gobierno sirven para frustrar (al menos temporalmente) la agenda ejecutiva y llamar la atención sobre las consecuencias sociales adversas de ciertos programas de reestructuración económica. Irónicamente, estas decisiones han hecho que Cardoso observe cómo las cortes inferiores instrumentalizan las normas constitucionales que el contribuyó a elaborar (como miembro de la asamblea constituyente), con miras a detener la implementación de su programa para hacer más competitivo a Brasil en el mercado global. En respuesta, Cardoso presentó una agenda para reformar el sistema judicial.

## LA ESTRATEGIA DE REFORMA A LA JUSTICIA

Durante décadas, la agenda política de los presidentes brasileros ha incluido una reforma a la justicia no siendo la excepción el proyecto del gobierno de Cardoso.<sup>96</sup> Elegido por primera vez en 1994 y reelegido para un segundo periodo en 1998, el presidente Cardoso promocionó una reforma a la justicia durante sus campañas de elección e introdujo docenas de medidas a fin de alterar el sistema judicial (Ruy, 1998: 8). A manera de ejemplo, el presidente ha ventilado propuestas para instalar tribunales administrativos que medien las controversias laborales a fin de eliminar a los jueces ordinarios de los tribunales laborales y a los juzgados laborales;<sup>97</sup> eliminar los periodos fijos de los jueces, permitir a los gobernantes estatales determinar los salarios judiciales;<sup>98</sup> elevar la edad de retiro de los jueces de setenta a setenta y cinco años (Marques, 1997) y crear una nueva modalidad de apelación ante el TSF que extraiga cuestiones constitucionales pendientes de los tribunales y las sitúe en la lista de causas pendientes del TSF a solicitud del procurador general federal, el fiscal general, o el juez del tribunal (Neto, 1995).

Muchas de estas ideas emanadas del Palacio Planalto desaparecieron rápidamente de la agenda presidencial y del discurso público.<sup>99</sup> No obstante, tres de

<sup>96</sup> Para una discusión sobre la reforma a la justicia en Brasil, véase (Nalini, 1995).

<sup>97</sup> Véase Mara Bergamaschi, "Governo Quer Tribunais Com Menos Poder", en *Estado de São Paulo*, mayo 21, 1995, p. A12. De acuerdo con ciertas informaciones, el presidente Cardoso había querido eliminar los tribunales laborales desde su cargo como Ministro de Hacienda en tanto, junto a otros fundadores del Plan Real, consideraba a tales instancias como una amenaza potencial a la estabilización económica. El miedo radicaba en que los jueces laborales continuaran indexando los salarios, perjudicando así las medidas antiinflacionarias del Plan Real.

<sup>98</sup> Luiz Orlando Carneiro y Eugenia Lopes, "Juizes Criticam Reforma do Judiciario", en *Jornal do Brasil*, febrero 27 de 1997, p. 8.

<sup>99</sup> A despecho de la plétora de ideas de Cardoso acerca de los jueces, la reforma a la justicia no se ha destacado prominentemente entre sus más altas prioridades políticas. Véase, a manera de ejemplo, "Brazil's Coming of Age", en *The Financial Times of London*, octubre 28 de 1997, p. 17.



las propuestas de reforma presentadas por Cardoso han suscitado debate en el Congreso y en toda la nación: la propuesta de un precedente vinculante, de un control externo y de un estatuto de arbitraje.<sup>100</sup> En adelante, se discuten los contornos de estas propuestas de reforma así como las tensiones del debate que las rodea. Tales propuestas parecen haber sido elaboradas primordialmente a fin de aliviar los retrasos judiciales, pero al limitar el poder judicial, se dirigen igualmente hacia las decisiones de jueces inferiores orientados hacia lo social que truncan las medidas económicas y de reforma estatal.

### **La propuesta para hacer vinculantes las decisiones del TSF**

Una de las propuestas de reforma judicial más intensamente debatidas implicaría una enmienda de la Constitución de 1998 que obliga a los jueces de tribunales inferiores a seguir las decisiones constitucionales del Tribunal Supremo Federal. Esta propuesta de precedente vinculante es similar al principio de *stare decisis*, mas la medida hace obligatoria únicamente la sección resolutive de los fallos.

La idea de instar a los tribunales inferiores a adherirse a las resoluciones del TSF ya había sido introducida en la agenda pública por Nelson Jobim, como sustituto de una propuesta de enmienda constitucional.<sup>101</sup> Jobim, un colega cercano al presidente Cardoso, sugirió que la decisión de un tribunal superior relacionada con una materia frecuentemente objeto de litigio, debería ser vinculante para todos los jueces inferiores siempre que contara con la aprobación de las tres quintas partes de los miem-

---

<sup>100</sup> En marzo de 1999, una serie de cargos de corrupción en el sistema judicial revitalizaron los debates sobre reforma a la justicia. Cardoso incursionó en dicho debate, solicitando apoyo para las nuevas medidas de reforma pendientes en Congreso. Dentro de tales reformas se encontraba una enmienda constitucional para crear una especie de pequeños juzgados especiales (juizados especiais) dentro de las cortes federales, encargados primordialmente de resolver asuntos administrativos y de bienestar que impliquen pequeñas sumas de dinero. Véanse "Governo Vai Fazer as Mudanças do Judiciário", en *Jornal do Commercio*, marzo 12 de 1999, p. 14; Luiz Orlando Carneiro, "Judiciário Faz Reforma sem Alarde", en *Jornal do Brasil*, marzo 7 de 1999, p. 14.

<sup>101</sup> La propuesta de Jobim no era completamente novedosa. El Instituto de Abogados Brasileños, grupo afiliado a la Asociación de Abogados, presentó en 1946 la idea de una "jurisprudencia unificada del TSF" que sería obligatoria para todos los jueces. La misma idea fue reintroducida en 1964 como proyecto de ley (Antunes, 1997: 55). En 1993, el presidente envió una propuesta al Congreso a fin de reformar el Código de Procedimiento Civil en lo que respecta al juzgamiento de cuestiones idénticas. Tal reforma hubiese autorizado a un tribunal, con el voto de la mayoría de sus miembros, a instar a esa corporación a adoptar la misma resolución en todos los casos que implicaran idénticas cuestiones jurídicas. Véase Tourinho (1995: 188-189), quien discute el Projeto de Lei No. 3.804.

bros de la respectiva corporación<sup>102</sup>. La propuesta de Jobim también establecía que los tribunales, el fiscal general, cualquier fiscal estatal, o la asociación de abogados federal, podían solicitar la revisión o derogación de la parte resolutive de una sentencia. El senado, no obstante, nunca votó esta propuesta.

En 1995, el presidente Cardoso tomó posesión de su cargo y nombró a Jobim ministro de Justicia. En febrero de ese año, Jobim anunció que el ministerio se estaba preparando para enviar al Congreso una serie de propuestas de enmienda constitucional a fin de reformar el sistema judicial. La propuesta de un precedente vinculante figuró de manera destacada en este paquete de reformas.<sup>103</sup> Tanto el senado como la Cámara de Diputados se encontraron prontamente debatiendo las diversas versiones de propuestas de un precedente vinculante y han continuado en dicha tarea desde entonces.<sup>104</sup> Una versión distinta presentada ante el Congreso buscaba hacer vinculantes sólo aquellas decisiones producto de las dos acciones existentes para el control abstracto de la constitucionalidad de una ley o acto.<sup>105</sup> Otra versión pendiente en la Cámara de Diputados desde inicios de 1999 busca hacer vinculantes para los tribunales inferiores todas las decisiones constitucionales del TSF (Proyecto de ley 2960).

<sup>102</sup> Ver Relatoria de Revisao Constitucional (1994) Pareceres Produzidos (Historico), Senado Federal.

<sup>103</sup> Luiz Orlando Carneiro, "Emenda Poe Fim a 'Industria de Liminares'", en *Jornal do Brasil*, febrero 21 de 1995, p. 3.

<sup>104</sup> Proposta de Emendaa Constituicao Federal No. 54 de 1995. Tal enmienda hacía vinculantes las decisiones sustantivas del TSF tanto para los tribunales inferiores como, expresamente, para "el poder ejecutivo". El senado no aprobó ni la propuesta, ni una serie de propuestas sustitutas. En la Cámara de Diputados el diputado Helio Bicudo, quien representaba al partido laborista en São Paulo, propuso una serie de enmiendas constitucionales en 1992 a fin de modificar el sistema judicial. Proposta de Emenda a Constituição Federal No. 96 de 1992. En 1995, el texto de su proyecto fue reformado de manera sustancial por medio del proceso legislativo, a fin de incorporar una propuesta de precedente vinculante. Una de sus versiones también proponía sancionar a los jueces inferiores que no se adhiriesen a las decisiones que, dada su votación en el TSF, fuesen obligatorias.

<sup>105</sup> La enmienda propuesta se aplicaba a las decisiones del TSF en acciones directas de inconstitucionalidad y en acciones declaratorias de constitucionalidad, que hubiesen sido aprobadas por dos tercios del tribunal. Véanse Proposta de Emenda a Constituição Federal No. 500 de 1997 (Do Senado Federal), Proposta de Emenda a Constituição Federal No. 54 de 1995, propuesta que pretendía reformar el artículo 102, sección 2 de la Constitución Federal. Tanto las acciones directas de inconstitucionalidad como las acciones declaratorias de constitucionalidad son propias de la jurisdicción. Una acción directa de inconstitucionalidad constituye un instrumento poderoso que permite al TSF un control abstracto de las leyes y los actos administrativos. Tal control puede ser solicitado por el presidente de la república, el Senado, la Cámara de Diputados, las asambleas legislativas estatales, los gober-

La idea de implementar un precedente vinculante ha generado un sonado y polarizado debate. Se cuentan entre los defensores de la propuesta la mayoría de magistrados del TSF y senadores de partidos políticos afines al presidente Cardoso. La justificación que con mayor frecuencia aluden dichos defensores radica en su supuesta contribución a la resolución de los casos pendientes en el sistema judicial.<sup>106</sup> Los defensores sugieren que entre un 85 y un 90% de los casos llevados al TSF implican cuestiones ya resueltas por dicha Corporación.<sup>107</sup> La constitucionalidad de la aplicación de una base mínima de pensión para los jubilados, por ejemplo, fue apelada ante el TSF más de 8.000 veces, no obstante una serie de decisiones del Tribunal a favor de dicha ley. El precedente vinculante busca eliminar tales apelaciones, liberando así las causas pendientes en el Tribunal Supremo. Adicionalmente, el precedente vinculante puede aliviar la carga de los tribunales al prevenir a las partes de interponer demandas sobre asuntos para los cuales existe una decisión clara y vinculante del TSF. Tales requerimientos de un sistema judicial más eficiente se sustentan en el temor frente a la disuasión que, para potenciales inversores, puede representar el letárgico sistema judicial brasileiro. Los abogados han hecho circular historias sobre comerciantes o clientes extranjeros que no han participado finalmente de las subastas de privatización y otras oportunidades de inversión, porque el sistema judicial funciona con demasiada lentitud.<sup>108</sup>

---

nadores estatales, el procurador general de la república, la Asociación Brasileira de Abogados, los partidos políticos representados en el Congreso Nacional, las confederaciones de sindicatos o los grupos de clase a nivel nacional. Constitución Brasileira, art. 103. Las acciones declarativas de constitucionalidad, creadas en 1993, permiten al presidente de la república, el senado, la Cámara de Diputados o el procurador general de la República, alegar de manera preventiva la constitucionalidad de una ley o un acto administrativo o defender su constitucionalidad cuando haya sido cuestionado en un tribunal inferior. Constitución brasileira, arts. 102 y 103, sec. 4. Estas últimas decisiones son ya vinculantes para los jueces inferiores. Tal mecanismo fue desarrollado, al parecer, a fin de otorgar al gobierno en la defensa de una ley, el mismo poder otorgado a los ciudadanos para cuestionarla por medio de una acción directa de inconstitucionalidad.

<sup>106</sup> Véase, a manera de ejemplo Paulsen (1995: 72), quien afirma que el precedente vinculante da lugar a procesos más rápidos y predecibles; y Carlos Mario da Silva Velloso, nota al pie 73, p. 8-9, quien afirma que un precedente vinculante disminuye el número de apelaciones y acelera el procesamiento de los casos.

<sup>107</sup> El anterior presidente del TSF estimó que el 90% de los casos conocidos por el tribunal implicaban materias ya resueltas, véase Franklin Campos, "Sepulveda Aceita Críticas da Sociedade", en *Jornal Commercio*, marzo 22 de 1997, p. 7. Otros afirman que el 85% de los procesos del TSF implican idéntico asunto.

<sup>108</sup> Véase Ruy (1998) quien reporta a un cliente norteamericano de la firma legal White & Case que desistió de la privatización de una compañía eléctrica brasileira, y a otro abogado quien afirma: "la reforma a la justicia es urgente y puede crear más oportunidades de negocios en Brasil".

Como justificación derivada, los defensores afirman que la disminución en el número de procesos judiciales mejorará el acceso a la justicia. Un consejo consultivo elegido por el presidente Cardoso declaró su apoyo al precedente vinculante como forma de disminuir los costos del litigio, entendiendo probablemente que un juicio más rápido es un juicio menos costoso (Ministerio da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997: 30).<sup>109</sup> El consejo consultivo sugirió igualmente, que un precedente vinculante reduciría los costos de transacción asociados a una justicia lenta. Algunos de sus proponentes afirman que la jurisprudencia vinculante armonizaría las decisiones constitucionales y haría más predecible al derecho. De forma similar, el antiguo ministro de Justicia de Cardoso, Nelson Jobim, junto a otros proponentes de la reforma judicial, afirmó que el precedente vinculante tenía como propósito frenar la “industria de órdenes” perpetuada por los tribunales inferiores haciendo referencia a los mandatos preliminares impuestos por tales corporaciones en contra del gobierno.<sup>110</sup>

Jobim aseveró que un precedente vinculante era necesario para evitar repetir batallas judiciales tales como aquella surgida a partir del impuesto corporativo para financiar la seguridad social. Incluso luego de ser declarada la constitucionalidad del decreto por parte del TSF, los comerciantes podían seguir obteniendo fallos de los tribunales inferiores que los absolvieran de la obligación de pagar el impuesto.

El actual ministro de Justicia de Cardoso, Renan Calheiros, hizo eco de esta motivación para la reforma judicial, afirmando que Cardoso apoyaba específicamente la medida de un precedente vinculante con la esperanza de que frenara la “industria de órdenes judiciales”. Más adelante afirmó que los jueces estaban usando sus decisiones como “armas para posponer las decisiones gubernamentales”.<sup>111</sup>

La oposición al precedente vinculante está difundida en Brasil. La Asociación Brasileña de Abogados, a pesar de reclamar una reforma judicial importante, ha censurado la propuesta por considerarla nociva a la independencia judicial. En una declaración emitida en la Conferencia Nacional de la Asociación de Abogados, declaró: “es necesario que los jueces permanezcan independientes, libres de constricciones económicas y jerárquicas. Por esta razón alertamos a la nación en contra de las propuestas de reforma que reclaman atribuir un efecto vinculante a las decisiones de las altas cortes” (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1997: 39).<sup>112</sup> Algu-

<sup>109</sup> Dicho documento registra las recomendaciones del Consejo de Reforma Estatal creado mediante decreto presidencial en diciembre de 1995.

<sup>110</sup> Véase Luiz Orlando Carneiro, nota al pie 106.

<sup>111</sup> Véase “Governo Vai Fatiar as Mudanças do Judiciário”, *Jornal do Commercio*, marzo 12, 1999, p. 14, en donde se cita al ministro Calheiros.

<sup>112</sup> Los abogados estatales y funcionarios estatales y federales, incluyendo fiscales, también se oponen a la idea del precedente vinculante. Sólo 22% de ellos declaró estar de acuerdo con la propuesta. El Instituto de Estudos Economicos, Sociais e

nos abogados sugieren que sus colegas se oponen al precedente vinculante en tanto implicaría una restricción a la práctica de apelación, la cual constituye una porción importante de los negocios de los abogados brasileiros.

Un estudio más reciente de los miembros de la Asociación en Río de Janeiro, no obstante, indica que esta oposición de los abogados frente al precedente vinculante puede estar decayendo. Una investigación difundida a inicios de 1999 sugiere que más del 68% de los abogados en Rio aprueba la adopción del precedente vinculante. Luego de cinco años de oposición, este apoyo repentino resulta curioso. El mismo estudio indagó acerca de las reformas que podrían fortalecer las oportunidades profesionales para los abogados, atenuando quizás las potenciales consecuencias negativas del precedente vinculante para la profesión. El cuestionario reveló que, por ejemplo, el 83% de los miembros de la Asociación de Rio se encontraba a favor de la eliminación de las tasas judiciales, y el 92% apoyaba un incremento en el horario de funcionamiento de los juzgados.<sup>113</sup>

La mayoría de los jueces desapruueba la medida de un precedente obligatorio. Un estudio de jueces federales y estatales realizado en 1993 reveló que sólo el 33,9% de los jueces está a favor de hacer vinculantes para los jueces inferiores las decisiones constitucionales de las altas cortes.<sup>114</sup> Los críticos de la medida afirman que implica un condicionamiento a la independencia judicial y una transgresión al principio de separación de poderes (Streck, 1996: 44).<sup>115</sup> Muchos creen que los jueces de tribunales inferiores requieren libertad frente a los dictados de la jerarquía judicial a fin de lograr independencia. De acuerdo con una asociación de jueces “las garantías constitucionales deben ser el producto de una dialéctica democrática, no justificada por el control jerárquico” (Villen, 1995: 36). Algunos detractores también afirman que el precedente vinculante conducirá a la petrificación del derecho, haciéndolo incapaz de responder a las necesidades de una sociedad en evolución.

Al menos uno de los miembros de las altas cortes que defiende el precedente vinculante sugirió que los jueces de los tribunales se oponen a la propuesta en tanto

Políticas de São Paulo (IDESP) realizó un estudio de 763 abogados federales y estatales, incluyendo a fiscales, ubicados en los estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Rio de Janeiro, Sergipe, Bahia y Goiás (Estudos Economicos, Sociais e Políticas de São Paulo, 1997:49).

<sup>113</sup> Ordem dos Advogados do Brasil, Secao do Rio de Janeiro, Departamento de Pesquisa e Documentacao, “Reforma do Poder Judiciario”. El estudio fue difundido entre los abogados en diciembre de 1998 y el reporte no fechado del informe fue recibido por la autora en abril de 1999.

<sup>114</sup> Ver Instituto de Estudos Economicos, Sociais e Políticas de Sao Paulo, *A Crise do Judiciario, Vista Pelos Juizes: Relatório de Pesquisa* (1994).

<sup>115</sup> Tal documento constituye una publicación oficial de la Asociación de Jueces para la Democracia.

podría implicar consecuencias adversas para el ascenso del juez en la carrera judicial.<sup>116</sup> En tanto las promociones se basan en las evaluaciones de los jueces de apelación sobre el trabajo de los jueces de instancia, y el mérito se demuestra a menudo mediante opiniones brillantemente escritas. Si una decisión de instancia no es apelada, los magistrados de las altas cortes no examinan la habilidad demostrada en la opinión del tribunal inferior. Un juez de instancia detractor de la propuesta expresó su preocupación por el efecto que, sobre la calidad del juzgamiento, tendría un menor estudio en apelación de las decisiones de instancia, sugiriendo que la perspectiva de promoción es un incentivo clave para que estos jueces proyecten decisiones brillantes.

### **La iniciativa de crear un Consejo de Control “Externo”**

La propuesta de enmendar la Constitución a fin de permitir un “control externo” sobre el cuerpo judicial ha atraído casi la misma cantidad de controversias que la propuesta de un precedente vinculante. La idea de crear un cuerpo que vigile el sistema judicial surgió durante una serie de debates en torno a la elaboración de la Constitución de 1988.<sup>117</sup> Algunos miembros de la Asamblea Constituyente apoyaron la creación de un Consejo Nacional de Justicia, compuesto por jueces y miembros de la sociedad civil, con el fin de supervisar aspectos administrativos del sistema judicial. El que tal consejo incluyera agentes externos al cuerpo judicial ha hecho que ésta y otras propuestas similares se denominen como medidas de “control externo”. Los jueces, bien organizados y cohesionados en su oposición a la idea, eliminaron rápidamente la medida de la agenda de los constituyentes.<sup>118</sup>

En junio de 1995, una serie de políticos de izquierda propuso una enmienda constitucional a fin de crear consejos de vigilancia sobre el sistema judicial.<sup>119</sup> Tal enmienda buscaba establecer consejos estatales, un consejo federal de distrito y un consejo federal encargado de supervisar asuntos presupuestales de las cortes y tomar decisiones relacionadas con la carrera judicial.<sup>120</sup> Cada consejo estaría conformado por jueces, ciudadanos y abogados.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> Entrevista a Nelson Jobim, STF Justice, en Brasilia, junio 26 de 1998.

<sup>117</sup> Muchos sistemas judiciales europeos incorporan consejos judiciales para vigilar asuntos de tipo administrativo.

<sup>118</sup> Al parecer, el *lobby* de los jueces fue tan enérgico que los miembros de la Asamblea Constitucional denunciaron que sus oficinas y corredores habían sido invadidos (Botelho 1997: 149-150).

<sup>119</sup> Véase Proposta de Emenda a Constituição No. 112-A de 1995, presentada por el representante Jose Genoio, miembro del Partido Laborista del estado de São Paulo.

<sup>120</sup> Específicamente, estos consejos decidirían asuntos relacionados con el presupuesto anual del sistema judicial, el periodo de los jueces en su cargo, la creación y eliminación de despachos, la creación y eliminación de cargos y servicios auxilia-

Aunque el control externo fue inicialmente pensado como una iniciativa de oposición, la administración del presidente Cardoso comenzó a apoyar la idea a partir de mayo de 1995 y desde entonces ha sido reconocida como una de las propuestas del ejecutivo.<sup>122</sup> En junio de 1996, la Cámara de Representantes reveló una propuesta de enmienda constitucional para reformar el sistema judicial que incluía otra versión de los Consejos Externos de Control.<sup>123</sup> Tal versión prescribe el establecimiento de un Consejo Nacional de Justicia conformado por jueces y abogados, encargado de vigilar las reglas internas, conocer de las quejas en contra de los jueces y participar en la planeación estratégica y la evaluación institucional.<sup>124</sup> El presidente Cardoso apoyó esta propuesta y le otorgó mayor legitimidad cuando su Consejo Consultivo apoyó la conformación del Consejo Nacional de Justicia como un componente indispensable de la reforma judicial.<sup>125</sup> Para mayo de 1999 la Cámara de Representantes no había aprobado ésta ni ninguna de las propuestas de control externo.

El debate en torno al control externo se centra en nociones de eficiencia, democracia e independencia. Sus defensores afirman que la vigilancia externa es necesaria para fortalecer la eficiencia de los jueces. Tal visión se apoya en denuncias sobre cómo los jueces malgastan los recursos públicos o se los apropian para fines personales, y cómo no logran alcanzar su capacidad productiva. Los proponentes también afirman que la vigilancia hará transparentes los procedimientos judiciales, lo cual constituye un factor necesario en una sociedad democrática.<sup>126</sup> Representantes de la

res, el establecimiento de los criterios de mérito para propósitos de promoción, y el juicio de responsabilidades. Proposta de Emenda a Constituição No. 112-A de 1995, 2.

<sup>121</sup> Consejos de vigilancia similares han figurado destacadamente en las medidas de reforma a la justicia adoptadas en otros países latinoamericanos. A este respecto, véase Saez (1988: 1309).

<sup>122</sup> El entonces ministro de Justicia del presidente Cardoso, Nelson Jobim, manifestó en 1995 que un mecanismo de control externo para vigilar las acciones de los jueces y frenar los abusos haría parte del paquete de propuestas de reforma a la justicia del presidente Cardoso. Jobim Pede Controle Externo da Justiça, en *Jornal do Brasil*, mayo 12 de 1995, p. 1. Jobim defendió la idea de un control externo cuando era senador, contemplando una enmienda constitucional de control externo en 1993.

<sup>123</sup> Substitutivo a Proposta de Emenda a Constituição No. 96 de 1992.

<sup>124</sup> *Ibidem*, sec. III, art. 108, subsec. 6.

<sup>125</sup> Chico Otavio, "Conselho Propoe Mudanças no Judiciário", en *Estado de São Paulo*, octubre 19 de 1996, p. 5.

<sup>126</sup> Véase Fredy Krause, "Proximo Presidente do STF Defende Mudanças", en *Estado do São Paulo*, abril 10 de 1997, p. 6, artículo que cita al presidente entrante del STF, Jose Celso de Mello, quien afirma que, en una verdadera sociedad democrática, ningún órgano del Estado puede ser inmune a la vigilancia y la investigación.

Asociación de Abogados se han manifestado a favor del control externo (al menos de las versiones que otorgan representación a los abogados), afirmando que el control interno es “repetitivo e ineficiente”.<sup>127</sup> De manera similar, un muestreo realizado con consejeros gubernamentales en los ámbitos estatal y federal –quienes también están representados en varias de las versiones del cuerpo de vigilancia propuesto– indicó un apoyo del 62% parcial o absoluto al control externo.<sup>128</sup>

Los jueces, por su parte, nunca han estado de acuerdo con la idea de un control externo. Los miembros de la Asociación de Jueces para la Democracia se oponen de forma unánime a cualquier tipo de control que pueda interferir con la libertad de cada juez o jueza para emitir sus decisiones (Villen, 1995: 34). Una encuesta realizada a jueces reveló que el 86,5% se opone al control externo sobre el sistema judicial.<sup>129</sup> La asociación de jueces de Brasil (Associação do Magistrados do Brasil, o AMB) hizo lobby en contra de la vigilancia externa, calificando la medida como un “sin sentido” inconstitucional y denunciando cómo devaluaba a los jueces.<sup>130</sup> Igualmente, la mayoría de magistrados de TSF se opone al control externo basado en el efecto nocivo de la medida para su independencia y, en cambio, han propuesto una serie de “controles internos” ejercidos por un consejo conformado por jueces de apelación.<sup>131</sup>

A pesar de esta difundida oposición de los jueces, tanto la AMB como otros grupos de jueces –la Asociación de Jueces Federales (Ajufe)– aceptaron recientemente la idea de un control externo. En noviembre de 1998, la AMB conformó una comisión junto a la Asociación de Abogados a fin de colaborar en la elaboración de la propuesta de reforma judicial. La AMB manifestó su voluntad de considerar un consejo de vigilancia conformado por jueces, pero apoyó el hecho de que los abogados podrían participar en la selección de los mismos. La Asociación de Jueces Federales dio un paso más allá al afirmar, en enero de 1999, que apoyaría un cuerpo de vigilancia encargado de manejar cuestiones administrativas, especialmente si dicho cuerpo distribuía los recursos presupuestales en los tribunales federales de manera más uniforme. Esta reciente aquies-

---

<sup>127</sup> Véase Jairo Carneiro, Relatorio, Proposta de Emenda a Constituição No. 96 de 1992, p. 8, en donde se cita el testimonio de Sergio Serulo da Cunha, vocero de la Asociación de Abogados.

<sup>128</sup> Ver Instituto de Estudos Economicos, Sociais e Politicas de São Paulo, *A Crise do Judiciario*, Vista Pelos Juizes: Relatorio de Pesquisa, 1994.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 11. Una muestra más reducida de jueces de cortes estatales en Rio de Janeiro indicó una oposición ligeramente mayor, con un 89,2% de jueces que manifestaron una opinión desfavorable frente al control externo (Botelho, 1997: 202).

<sup>130</sup> Véase “Controle Externo Desvaloriza Magistratura”, en *Jornal Commercio*, febrero 15 de 1997, p. 10, artículo que transcribe una entrevista realizada al presidente de la AMB, juez Paulo Medina.

<sup>131</sup> Raquel Uíhoa, “Ministros do STF Propoem Mudanças”, en *Folha de São Paulo*, mayo 23 de 1995, p. 10.



cencia frente a una cierta forma de cuerpo de vigilancia, probablemente se dio gracias a que los jueces advirtieron que el Congreso pronto aprobaría la enmienda constitucional. Las elecciones de otoño de 1998 implicaron cambios en el Congreso, haciendo más probable quizá la aprobación de la medida de control externo.

Adicionalmente, puede que los jueces estén aceptando el control externo como parte de los intercambios necesarios para llevar adelante sus propios planes de reforma. Tanto la AMB como la Ajufe, por ejemplo, están presionando su participación en la nominación de candidatos para proveer las vacancias en el Tribunal Supremo.<sup>132</sup>

Otros detractores del control externo señalaron que la Asociación de Abogados y el Ministerio Público se encuentran actualmente en posición de supervisar el sistema judicial, dado el mandato constitucional por cuya prescripción una quinta parte de la mayoría de las cortes debe estar conformada por abogados del Ministerio Público o provenientes del sector privado.<sup>133</sup> Otros afirman que las altas cortes son ya objeto de un control de tipo social, toda vez que muchas de sus deliberaciones son públicas, sus opiniones son publicadas y están sujetos a remoción de sus cargos a la luz del "interés público".<sup>134</sup>

### **Legislación sobre arbitraje**

El 23 de septiembre de 1996, el presidente Cardoso firmó una nueva ley de arbitraje luego de cuatro años de debate sobre la medida en el Congreso.<sup>135</sup> Esta legislación estuvo precedida por una serie de fallidos intentos legislativos por renovar las anacrónicas normas de arbitraje insertas en el Código Civil. En 1981, 1986 y 1988, la rama

<sup>132</sup> Véase Fausto Macedo, "Juizes Propoem Controle Externo do Judiciario", en *Estado de São Paulo*, enero 21 de 1999, p. 8, y Mariangela Gallucci, "Entidades Definem Metodo para Forcar Reforma", en *Estado de São Paulo*, febrero 8 de 1999, p. 6. Ambas entidades proponen que los jueces federales presenten una lista de posibles candidatos al presidente para la designación del TSF. Ajuf igualmente solicita la eliminación del mandato constitucional a cuyo tenor una quinta parte de los cargos en los tribunales federales regionales, en los tribunales estatales, federales de distrito y territoriales, deben ser ocupados por abogados y no por jueces de carrera. Constitución brasilera, art. 94.

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, Wagner Rossi, "Justica Nao Deve Esperar", *Estado de São Paulo*, diciembre 14, 1995, p 2, artículo escrito por un Congresista Federal de São Paulo.

<sup>134</sup> Véase "A Urgente Reforma do Judiciario", en *O Estado de Minas*, febrero 26 de 1995, p. 6, artículo que cita la opinión del magistrado Carlos Mario da Silva Velloso en contra del control externo. Véase igualmente el art. 93, VIII de la Constitución brasilera.

<sup>135</sup> El arbitraje ha sido reconocido legalmente en Brasil desde la expedición del Código de Comercio de 1850 (Figueiredo, 1997: 15). No obstante, un reciente estudio concluyó que aproximadamente dos tercios de los comerciantes brasileros nunca hacen uso de las cláusulas contractuales de mediación o arbitraje, y que un 30% adicional aplica dichas cláusulas raramente o sólo en algunos contratos. Véase Ins-

ejecutiva presentó propuestas pero ninguna de ellas logro convertirse en ley dadas sus imprecisiones técnicas o por su incapacidad para remediar los problemas sustantivos de la antigua legislación sobre arbitraje .

La innovación más significativa de esta nueva legislación consiste en ignorar por completo el sistema judicial. La antigua ley que regulaba el arbitraje exigía a las partes someter la sentencia de arbitraje ante el juez para su aprobación. La nueva legislación omite este requisito a fin de acelerar el proceso decisorio y mantener el secreto de los procedimientos de arbitraje. Esta nueva ley también otorga un mayor efecto a las cláusulas de arbitraje insertas en los contratos. Anteriormente, tales cláusulas no vinculaban a las partes que las acordaban (Carmona, 1998: 12).

Los defensores del arbitraje lo entienden primordialmente como una forma de asegurar soluciones rápidas a los conflictos mercantiles.<sup>136</sup> De forma similar, un consejo consultivo del presidente Cardoso enfatizó en la importancia del arbitraje como una de entre varias recomendaciones para la reforma judicial, afirmando que los casos pendientes en el sistema judicial impiden el acceso a la justicia para la mayoría de los ciudadanos.<sup>137</sup> De otro lado, los defensores afirman que el arbitraje sería menos costoso y público, ayudaría a preservar relaciones de negocios continuas y sería útil en la solución de disputas comerciales internacionales.

A pesar de ser controversial, la reforma al arbitraje no generó los ataques lanzados por grupos de jueces y abogados en contra de otras propuestas relacionadas con el sistema judicial. La Asociación de Abogados no tomó posición frente a la medida, mas muchos abogados se opusieron a la legislación temerosos de una posible

---

tituto de Estudos Economicos, Sociais e Politicas de São Paulo, *Economic Costs of Judicial Inefficiency in Brazil*, nota al pie 72, p. 9. Tal información se deriva de un muestreo realizado a más de 600 comerciantes que habían buscado orientación sobre su práctica durante los tres últimos años.

<sup>136</sup> Hicieron parte en la elaboración del proyecto legislativo, profesores universitarios, representantes de organizaciones nacionales de negocios y representantes de grupos de individuos que buscaban capitalización en la institución del arbitraje. Uno de los miembros más importantes, por ejemplo, fue el director de la Cámara de Mediación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. Un profesor de derecho muy involucrado con la elaboración de esta propuesta de legislación, desmintió la versión de algunos críticos sobre la presión que habrían ejercido sobre la medida corporaciones transnacionales en busca de alternativas más beneficiosas que el sistema judicial (entrevista telefónica con Carlos Alberto Carmona, profesor de derecho, Universidad de São Paulo, julio 6 de 1998).

<sup>137</sup> El Consejo recomienda la implementación inmediata del nuevo estatuto de arbitraje, apoyo a las campañas de educación sobre los nuevos mecanismos, soporte técnico para el establecimiento de los centros de arbitraje y promoción de cursos para árbitros. Ver Ministerio da Administração Federal e Reforma do Estado (1997), O Conselho de Reforma do Estado, Caderno 8.

disminución en sus oportunidades.<sup>138</sup> Los jueces tampoco lograron aunar una oposición cohesiva, no obstante muchos de ellos se preocuparon por una disminución de su influencia como producto de la medida. Algunos detractores afirmaron que, a la luz de la Constitución de 1988 que garantiza el derecho a la reparación judicial de los daños,<sup>139</sup> la ley excluía la jurisdicción de las cortes de manera impropia. Adicionalmente, algunos individuos, incluyendo jueces, expresaron su preocupación por las posibles desigualdades de un sistema judicial privado y paralelo. Muchos observadores, no obstante, no mostraron interés en la propuesta.

## **LAS RAZONES DE LA REFORMA JUDICIAL PROPUESTA**

El precedente vinculante, el control externo y el arbitraje se presentan como aproximaciones técnicas a un problema esencialmente político, que surge de la instrumentación de las cortes para desafiar las medidas gubernamentales que intentan hacer más competitivo a Brasil en el mercado global. Al menos tres factores pueden explicar este discurso técnico. En primer lugar, acudir a soluciones técnicas para resolver los males del sistema judicial constituye una práctica familiar para los policymakers brasileros, en tanto refleja la estrategia implementada por el Banco Mundial y otras instituciones involucradas en los programas de reforma judicial en el mundo. En segundo lugar, escondido tras el problema de la litigación política se encuentra uno más técnico, el del retardo judicial, cuya solución se pretende mediante el precedente vinculante, el control externo y el arbitraje. Por último, tales medidas de reforma judicial también se dirigen hacia el problema político creado por jueces inferiores orientados hacia lo social, al limitar su capacidad para restringir el progreso de reformas clave para un libre mercado. Esta sección explora estas ideas y discute diversas opciones para aliviar el problema de los retrasos judiciales y limitar el alcance de los tribunales inferiores. Concluye sugiriendo qué medidas más viables para reducir el retraso no se tuvieron en cuenta en la agenda de reforma judicial de Cardoso en tanto no son aptas para restringir el poder de los tribunales inferiores, y que el avance hacia un control más público de dichas instancias se omite dadas razones políticas.

### **El énfasis global en las aproximaciones técnicas a la reforma judicial**

Los proyectos de reforma judicial del Banco Mundial, la Fundación Interamericana para el Desarrollo y otros actores globales enfatizan en soluciones técnicas para las fallas judiciales, buscando mejorar la "eficiencia" del sistema.<sup>140</sup> La premisa con que inicia esta estrategia supone que los sistemas judiciales cumplen ciertas tareas básicas, tales

<sup>138</sup> Livia Ferrari, "Lei Sobre Arbitragem Provoca Polemica", en *Gazeta Mercantil*, septiembre 30 de 1997, p. 3.

<sup>139</sup> Constitución brasilera, art. 5, sec. XXXV: "ninguna ley puede excluir del control judicial ningún daño o amenaza a un derecho".

como la determinación del derecho y la solución del conflicto, que son vitales para el desarrollo socioeconómico y la estabilidad política. Los sistemas judiciales, incapaces de cumplir tales funciones en forma competente, ponen en riesgo el bienestar individual, la actividad económica y social y la estabilidad política. Mejorar la capacidad de los jueces para cumplir estas funciones implica usualmente una serie de esfuerzos a fin de mejorar el desempeño de sus funciones (Hammergren, 1998). De acuerdo con lo anterior, los esfuerzos de reforma del Banco Mundial y de otros actores globales usualmente se concentran en mejorar las técnicas de manejo de los casos, los sistemas de información, el personal judicial y las facilidades para los jueces (Dakolias, 1996).

Muy probablemente la administración de Cardoso se encuentra familiarizada con las estrategias técnicas adoptadas por el Banco Mundial, el BID, la Usaid y otras entidades que trabajan activamente en los sistemas judiciales latinoamericanos. Dada los proyectos de reforma judicial de estas instituciones y su significativa presencia e influencia en la región, esta familiaridad no resulta sorprendente.<sup>141</sup> Así mismo, el arbitraje y el tipo de consejos de vigilancia judicial sugeridos en varias de las versiones de la propuesta de control externo de Cardoso, son medidas específicamente

---

<sup>140</sup> La conveniencia de este enfoque ha sido el tema de un acalorado debate. Algunos académicos sugieren que el énfasis en aproximaciones técnicas surge del “mito de que los problemas que enfrenta el sistema judicial latinoamericano son en su mayoría ‘cuantitativos’ y directivos, mito derivado de evaluaciones poco profundas efectuadas por expertos no familiarizados con las fallas del sistema” (Saez, 1988: 1315). Las soluciones de tipo técnico pueden no lograr considerar de manera adecuada o aliviar las causas profundas de las fallas en los sistemas judiciales, las cuales frecuentemente tienen un origen político y social. (Hammergren, 1998) (Lawyers Committee, 1996).

<sup>141</sup> En 1992 el Banco Mundial incursionó en el área de reforma a la justicia otorgando un préstamo por \$30 millones a beneficio del Proyecto Venezolano de Infraestructura Judicial. Desde entonces, el Banco Mundial ha otorgado más de \$45 millones en préstamos para proyectos adicionales de reforma a la justicia en Latinoamérica: \$11 millones a Bolivia en 1995, \$10,7 millones a Ecuador en 1996 y \$22,5 millones a Perú en 1997. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) incursionó en el sector de reforma a la justicia en 1995 a través de préstamos de \$11,2 millones a Costa Rica y \$9,4 millones a Colombia durante ese año. En 1996, el BID otorgó préstamos de \$22 millones a Paraguay, \$22,2 millones a El Salvador, \$7,2 millones a Honduras y \$12 millones a Bolivia. Perú recibió un préstamo por \$20 millones en 1997 (Santos, 1998: 19). En 1985, la Usaid comenzó fundando y coordinando proyectos de mejora judicial en América Central, en cumplimiento de un mandato del Congreso de procurar al menos \$20 millones anualmente para apoyar el programa de Administración de Justicia (Álvarez, 1991: 285-286). Durante 1986, la Usaid lanzó una serie de proyectos de administración de justicia en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, concentrándose en la reforma a la justicia. A inicios de los noventa Usaid invirtió en programas para el Estado de derecho cuyo objetivo era también reformar los sistemas judiciales latinoamericanos. Recientemente, por ejemplo, Usaid inició un proyecto de reforma a la justicia de \$63 millones en Colombia.

propuestas por entidades globales involucradas en la elaboración y ejecución de iniciativas de reforma judicial en América Latina.<sup>142</sup>

Aunque Brasil no ha adoptado aún iniciativas de reforma judicial patrocinadas por estas organizaciones, el Banco Mundial ha discutido informal y periódicamente con abogados brasileños, jueces y policymakers, un prospecto a fin de iniciar medidas de reforma encaminadas a mejorar la eficiencia del sistema judicial brasileño.<sup>143</sup> Los miembros del gobierno brasileño se han mostrado renuentes a someterse a esta preocupación internacional en los sistemas judiciales y a solicitar préstamos del Banco Mundial para propuestas de reforma judicial. Durante 1998, miembros del Banco Mundial que efectuaban un estudio comparativo sobre la eficiencia de los sistemas judiciales, sugirieron a un pequeño grupo de jueces brasileños solicitar a su gobierno que se invitara al Banco a incluir a Brasil en su estudio. Luego de que el Banco logró el apoyo requerido dentro del sistema judicial, el gobierno brasileño aceptó participar.<sup>144</sup>

### **Reforma judicial orientada a disminuir el retraso judicial**

Las aproximaciones técnicas a la reforma judicial no son sólo familiares y ampliamente aceptadas, sino que también pueden ser instrumentales en el mejoramiento de los sistemas judiciales. Los sobrecargados despachos judiciales imponen un obstáculo significativo a la administración de justicia en Brasil, obstáculo que el precedente vinculante, el control externo y el arbitraje pretenden eliminar.<sup>145</sup> Empero, estas pro-

<sup>142</sup> El Banco Mundial sugiere, por ejemplo, que los consejos judiciales pueden ser valiosos para la nominación de candidatos para los cargos, la selección de jueces y la vigilancia de la administración judicial y los asuntos disciplinarios (Dakolias, 1996: 12). Junto a otras organizaciones nacionales y transnacionales involucradas con la reforma a la justicia, el Banco Mundial destaca el arbitraje y otras técnicas alternativas de solución de conflictos, sugiriendo que los "MARC pueden ofrecer a las partes métodos alternativos para resolver sus disputas de manera amigable sin los retrasos del sistema formal" (1996: 47). De forma similar, en 1994 la Usaid copatrocinó el "Primer encuentro interamericano sobre resolución alternativa de conflictos", realizado en Buenos Aires. Adicionalmente, una conferencia copatrocinada por el Banco Interamericano de Desarrollo, "Reforma judicial en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo", incluyó una sesión sobre solución alternativa de conflictos.

<sup>143</sup> Entrevista a Antonio Magalhaes, Banco Mundial, Brasilia, junio 6 de 1998.

<sup>144</sup> Entrevista telefónica a Alberto Ninio, Banco Mundial, octubre 27 de 1998. Los resultados del estudio no se encuentran disponibles.

<sup>145</sup> El precedente vinculante, el control externo y el arbitraje también podrían tener como propósito hacer más predecibles los pronunciamientos judiciales. No obstante, este hecho, en un sentido general, no parece constituir un problema, en tanto la mayoría de los jueces ya se adhieren a las decisiones de las altas cortes. Adicionalmente, los sistemas de derecho civil procuran comúnmente imponer esta facultad en los juicios al hacer la legislación a prueba de los jueces.

puestas no son completamente efectivas en la eliminación del retraso judicial, particularmente si se las compara con algunas alternativas prácticas y disponibles.

El precedente vinculante busca despejar las causas pendientes, removiendo demandas de las cortes de apelación y desalentando nuevas demandas relacionadas con conflictos frente a los cuales el TSF ya ha emitido una decisión obligatoria. Una de las versiones de la propuesta de un precedente vinculante no puede avanzar suficientemente en la reducción del retardo en tanto hace obligatorias para los tribunales inferiores solo dos categorías limitadas de fallos: aquéllos emitidos en acciones directas de inconstitucionalidad y en acciones declaratorias de constitucionalidad.<sup>146</sup> Toda vez que la determinación de un acto como constitucional por parte del TSF, dentro de una acción declarativa de constitucionalidad, es ya vinculante para los tribunales inferiores, esta propuesta se dirige primordialmente a las acciones directas de inconstitucionalidad (ADI). Ambos procedimientos implican aspectos de significado político. La ADI, en particular, constituye una herramienta popular por medio de la cual los sindicatos y los partidos políticos desafían las reformas políticas y económicas.<sup>147</sup> Dado que los asuntos resueltos a través de la ADI representan un pequeño porcentaje de las demandas judiciales en curso, obligar a los tribunales inferiores a adherirse a estas decisiones no reduciría el retraso judicial. Así mismo, aunque es el Tribunal Supremo el que adjudica una ADI, usualmente lo hace basado en argumentos procedimentales que no coincidirían con muchos casos subsecuentes.<sup>148</sup>

Incluso una medida de precedente judicial que afectara un rango más amplio de casos no constituiría la mejor herramienta para resolver el problema de congestión judicial. En su mayoría, los tribunales inferiores actualmente adoptan la decisión emitida por las cortes superiores.<sup>149</sup> Principalmente, es el indulgente sistema de apelaciones –independientemente del precedente– el que contribuye al retraso. De he-

---

<sup>146</sup> Véase la discusión inserta en la nota 100 acerca de las acciones directas de inconstitucionalidad y las acciones declaratorias de constitucionalidad.

<sup>147</sup> Dentro del periodo comprendido entre octubre de 1988, momento en el que la nueva acción directa adquirió efectividad, y agosto de 1996, el TSF recibió 1.465 acciones directas de inconstitucionalidad (respecto a un total de 164.402 casos). Véase Jose Reinaldo de Lima Lopes (1997: 6), quien cita estadísticas suministradas por el TSF (manuscrito no publicado).

<sup>148</sup> De 113 acciones directas de inconstitucionalidad interpuestas por partidos políticos desde 1988 hasta 1992, sólo 6 habían obtenido una solución sustancial para febrero de 1993. Marcus Faro de Castro, "O Supremo Tribunal Federal e a Judicializacao da Política", 34 *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 147, 150-51 (junio de 1997). La naturaleza política de los casos allegados a través de la ADI es tal vez lo que suscita la reticencia del TSF a emitir decisiones sustantivas.

<sup>149</sup> Evandro Lins e Silva, "Crime de Hermeutica e Sumula Vinculante", en *Jornal do Brasil*, septiembre 16 de 1996, p. 9.

cho, el precedente vinculante puede promover demandas adicionales al alentar controversias relacionadas con la interpretación del precedente. Causar semejante transformación en el foco del litigio puede truncar el objetivo de reducir el retraso judicial.

El cuerpo de vigilancia prescrito en varias de las propuestas de un control externo puede también evidenciarse como una herramienta torpe para reforzar la eficiencia de los jueces de manera que se garantice una justicia significativamente más rápida. Un factor importante que causa demora en los jueces es la desequilibrada proporción entre jueces y demandas. Incluso si un consejo de vigilancia pudiese proponer nuevos cargos –tal como se sugiere en al menos una de las propuestas– crear y equipar despachos requiere de una autorización presupuestaria y de un incremento en el número de jueces calificados, aspectos que se encuentran fuera del alcance de cualquier consejo de vigilancia. La versión de control externo de la Cámara de Representantes sería aun menos exitosa en agilizar el sistema judicial, en tanto confiere poderes más limitados al cuerpo de vigilancia.

Algunos jueces entienden el control externo como un esfuerzo desacertado por instar a los jueces a ser más productivos y aminorar los retrasos. Un juez invocó los esfuerzos del régimen militar para atemorizar al judicial a fin de someterlo, señalando que “es importante recordar a la sociedad que ni siquiera en la era del Acto Institucional No. 5... los jueces eran obligados a proferir sentencias...”<sup>150</sup>

El nuevo esquema de arbitraje tampoco ha logrado reducir el retraso judicial. De hecho, luego de tres años de efectividad de la ley de arbitraje, aún se mira con indiferencia.<sup>151</sup> Según la mayoría de estudios existe una reticencia generalizada a someter los conflictos a arbitraje. A pesar de los problemas con el sistema de justicia brasileiro, las partes se abstienen de confiar la solución de su conflicto a alguien diferente a un juez que encarna la legitimidad del Estado.<sup>152</sup> Simplemente la ley no tomó en cuenta que hay leyes que los brasileiros ignoran.

<sup>150</sup> Véase Jose Pinheiro Junior, “Desembargador Afirma que Justica Mais Agil e Impossível”, en *Jornal do Commercio*, julio 9 de 1998, p. 8, en donde se cita a Raldenio Bonifacio Costa, un juez federal en Río de Janeiro.

<sup>151</sup> Ferrari señala cómo después de un año de operación, la ley había sido usada sólo ocasionalmente. Algunos individuos entrevistados sugirieron que algunas de las corporaciones transnacionales situadas alrededor del centro industrial de São Paulo recientemente se habían interesado en el uso del arbitraje tal como había sido prescrito por la nueva ley.

<sup>152</sup> Tal vez pueda resultar ilustrativo respecto al grado de indiferencia de la comunidad jurídica frente a la ley, el hecho de que un tratado de dos volúmenes publicado por una prominente firma legal brasileira sobre la ley mercantil brasileira y norteamericana dedique menos de media página a la nueva legislación. Pinheiro Neto, “Doing Business in Brazil”, §§ 8.144-8.146, 1999.

Actualmente existen en el derecho o tradición legal brasilera mecanismos alternativos para reducir los retardos. El gobierno federal, por ejemplo, podría voluntariamente considerar vinculante una decisión del TSF, tal como lo ha hecho en el pasado. Al menos la mitad de los casos que congestionan las cortes son resultado de la acción de entidades gubernamentales federales. Valoraciones estimadas indican que el 70% de los casos judiciales involucran al sector público y constituyen repeticiones de un pequeño número de controversias similares (Castelar, 1998: 9).<sup>153</sup> Más de la mitad de estas controversias se relaciona con asuntos ya decididos en contra mediante una acción de apelación. El gobierno continúa apelando decisiones simplemente para retrasar el pago final de las demandas.<sup>154</sup> Anteriormente, el ejecutivo instruía a los abogados del gobierno a fin de que no apelaran ciertos casos en los que las altas cortes habían decidido en su contra. En 1995, por ejemplo, el Departamento del Tesoro identificó ocho áreas de controversias en las que el TSF o la corte federal intermedia de apelación (Tribunal Superior de Justicia) habían emitido decisiones adversas a los intereses del gobierno.<sup>155</sup> Cardoso prohibió al Departamento del Tesoro apelar casos ubicados dentro de estas ocho áreas. Los observadores estiman que sólo esta medida removió al menos 120.000 casos del sistema judicial. Jueces, abogados y académicos han ofrecido varias propuestas para eliminar el retraso en los despachos judiciales. Entre ellas se encuentran las siguientes: eliminar o acortar los recesos judiciales que implican dos meses de inactividad al año;<sup>156</sup> modificar el examen de ingreso para los jueces, imple-

---

<sup>153</sup> Véase Franklin Campos, "Sepulveda Aceita Criticas da Sociedade", en *Jornalo Comercio*, marzo 22, 1997, p. 7, en el que se estima que el sesenta por ciento de las demandas involucran actos del gobierno federal, el Estado de São Paulo y el sistema de seguridad social federal. Entre 1991 y 1996 inclusive, el gobierno federal actuó como parte en 35.898 casos. El Fondo Federal de Pensiones para el Sector Privado (Instituto Nacional de Seguridade Social) actuó como parte en 27.696 casos, y el Estado de São Paulo fue parte en 14.630 casos. Mariangela Gallucci, "Justica Poderia Evitar 90% dos Processos", en *Gazeta Mercantil*, febrero 12 de 1997, p. 9. Aproximadamente durante el mismo periodo, el gobierno federal y la oficina de seguridad Social interpusieron la mitad de las apelaciones ante el Tribunal Supremo. Court. Ricardo Balthazar, "Criacao de Sumula Vinculante Divide Judiciario", en *Estado de São Paulo*, febrero 12 de 1997, p. 12.

<sup>154</sup> Véase Franklin Campos nota al pie 154. Un magistrado del TSF señaló en una entrevista publicada: "El ejecutivo frecuentemente usa al sistema judicial como un órgano de regulación y control del dinero de mano, apelando siempre a fin de evitar pagar las demandas ya perdidas en tribunales inferiores", "juizes se Dividem Sobre Poder dos Tribunais", en *Folha de São Paulo*, septiembre 27 de 1995, p. 4.

<sup>155</sup> Véase Wladimir Gramacho, "Governo Vai Desistir de Acoes", en *Gazeta Mercantil*, agosto 23 de 1995, p. 7, artículo que enumera estas ocho áreas, las cuales en su totalidad se relacionan con impuestos y tarifas.

<sup>156</sup> OAB, Tem Projeto para Mudar o Judiciario, en Estado de Minas, agosto 9 de 1995, p. 21.



mentar nuevas estrategias de incorporación judicial, computarizar los procesos judiciales,<sup>157</sup> dinamizar la administración judicial, ampliar la jurisdicción de los tribunales de pequeñas causas,<sup>158</sup> introducir cortes de pequeñas causas para asuntos federales, eliminar los formalismos excesivos que rodean la interposición de una demanda,<sup>159</sup> hacer uso del mecanismo brasilero de acción de clase (acoes civis publicas);<sup>160</sup> reducir el número de apelaciones automáticas,<sup>161</sup> hacer responsable a quien interpone una apelación no concedida de los gastos de representación de la contraparte, estimular un proceso de certificación por medio del cual el Fiscal general pueda solicitar, mas no obligar, a un tribunal inferior a detener ciertos procedimientos en casos que impliquen asuntos constitucionales polémicos y poder enviar el caso directamente al TSF para su adjudicación. Éstas y otras opciones pueden descongestionar los despachos tan o más hábilmente que las propuestas apoyadas por el gobierno de Cardoso.

Teniendo en cuenta estas alternativas ya disponibles, ¿por qué la administración de Cardoso promovió tan asiduamente el reducido potencial para combatir el retraso mediante el precedente vinculante, el control externo y el arbitraje? Probablemente, la agenda de reforma de Cardoso se concentra en estas tres medidas en tanto limitan el poder de los jueces orientados hacia lo social. De forma similar, la agenda de Cardoso omite propuestas que pueden solucionar más directamente la tardanza judicial porque dichas propuestas no limitan el alcance de los jueces inferiores. Si el

---

<sup>157</sup> Más de un 93% de los jueces sugiere que computarizar los servicios judiciales constituiría un avance importante en la abreviación del trabajo en los despachos (Sadek, 1994: 6).

<sup>158</sup> Una ley de 1984 autorizó la creación opcional de cortes de pequeñas causas, y la Constitución de 1988 convirtió en obligatoria dicha opción, instando a los estados a establecer "tribunales especiales". El Congreso finalmente reglamentó en 1995 una legislación que expandía la jurisdicción de las cortes de pequeñas causas, creando cortes especiales con jurisdicción civil ampliada y jurisdicción sobre asuntos penales con sanciones de menos de un año de detención. Esta ley de 1995, no obstante, delegó la tarea de organización y estructura a las asambleas estatales. De acuerdo con ello, algunos Estados aun están pendientes de establecer estas cortes especiales.

<sup>159</sup> Un 90% de los jueces coincide en que la reducción de las formalidades procesales reduciría la cantidad de tiempo requerida para procesar una demanda por intermedio del sistema judicial. Maria Teresa Sadek y Rogerio Bastos Arantes (1994). Los abogados y académicos entrevistados por la autora hacen eco de esta percepción.

<sup>160</sup> La Constitución brasilera también instituye la acción popular (acao popular), una demanda que puede ser interpuesta por cualquier ciudadano a fin de anular actos perjudiciales para el patrimonio público. Constitución brasilera, art. 5, sec. LXXIII. Este mecanismo ha sido garantizado a los ciudadanos desde 1946 y ha observado un mayor uso que la acción de clase.

<sup>161</sup> Más del 67% de los jueces coincide en que limitar las oportunidades de apelar sería clave para dar mayor agilidad al sistema judicial (Sadek, 1994: 6).

Congreso, por ejemplo, hiciera menos automática la apelación de los fallos de los jueces de instancia, el retraso se vería sustancialmente disminuido. No obstante, la justificación técnica del precedente vinculante, el control externo y el arbitraje, desaparecería ante la ausencia de retrasos, haciendo más evidente su efecto en la restricción del alcance de las decisiones de los tribunales inferiores. Más aun, la restricción del acceso a las cortes de apelación podría dejar intactos los fallos de instancia adversos a las iniciativas económicas y de reforma estatal del gobierno.

## **UNA REFORMA JUDICIAL QUE LIMITA EL PODER DE LOS TRIBUNALES INFERIORES**

El precedente vinculante, el control externo y el arbitraje logran minimizar los problemas de tardanza judicial sólo marginalmente, pero serían efectivos en minimizar las barreras a la implementación de las medidas económicas y de reforma estatal cuyo propósito es situar a Brasil de manera más firme en un único mercado mundial. A fin de llevar a cabo estas medidas económicas y de reforma estatal diseñadas para fortalecer el estatus de Brasil en el mercado global, Cardoso debía garantizar la aquiescencia de los jueces orientados hacia lo social proclives a imponer órdenes preliminares en contra del gobierno. En concordancia, Cardoso apoyó una agenda de reforma judicial que restringe el alcance de estos jueces inferiores que impiden la transformación de la economía brasilera.<sup>162</sup>

La propuesta de un precedente vinculante constituye una manera de forzar a los tribunales inferiores a seguir la línea trazada por el TSF. Para que esta medida pueda limitar el poder de los tribunales inferiores de una manera favorable al ejecutivo, este último debe estar en posición de poder influenciar las decisiones del TSF. El TSF, aunque politizado relativamente, no siempre decide al gusto de la rama ejecutiva.<sup>163</sup> Recientemente, no obs-

---

<sup>162</sup> El precedente vinculante, el control externo y el arbitraje también pueden evidenciar una visión sobre cómo el poder judicial debe ajustarse dentro de un sistema democrático. Más que medidas encaminadas a restringir los tribunales inferiores, éstos pueden ser mecanismos para imponer mayor responsabilidad dentro del sistema judicial. No obstante, si estas propuestas de reforma fuesen parte de un esfuerzo para hacer más responsables a los jueces frente a la sociedad, uno podría esperar encontrarse con el apoyo a otras propuestas de reforma a la justicia que alentaran mayor responsabilidad, tales como una elección popular de jueces. No es éste el caso. Desde marzo de 1999 la idea de un cuerpo judicial elegido ha sonado en la prensa, mas no parece haber encontrado mayor apoyo, mientras que la eliminación de una garantía de responsabilidad ya establecida –por medio de la eliminación de los jueces ordinarios de los tribunales laborales– ha logrado un apoyo significativo.

<sup>163</sup> Recuérdese, a manera de ejemplo, la resistencia del TSF durante el régimen militar. El ejecutivo designa a los magistrados del TSF con una aprobación de la mayoría del Senado. Constitución brasilera, art. 101. La aprobación del senado prácticamente nunca ha implicado un debate significativo.

tante, el presidente Cardoso ha comenzado a negociar informalmente las más importantes iniciativas de reforma política y económica con los miembros del TSF, antes de presentarlas en el Congreso o mediante decreto. Un consejero del presidente afirmó que las negociaciones relacionadas con la seguridad social se dieron durante el otoño de 1997,<sup>164</sup> y que tal aproximación constituía una nueva estrategia para asegurar el apoyo del TSF, vital para las propuestas de reforma. Estas negociaciones informales también pueden disminuir la reticencia de TSF a emitir fallos sustantivos en casos políticamente significativos, magnificando así el control que el precedente vinculante podría tener sobre los tribunales inferiores.

Asimismo, un órgano de control externo, por definición, se propone controlar al cuerpo judicial. Un órgano de control externo con autoridad sobre los periodos, las promociones, las transferencias, los presupuestos y los recursos judiciales, podría usar sus poderes para intimidar, amenazar o sancionar a los tribunales inferiores que emitan decisiones que no satisfagan al órgano de vigilancia.<sup>165</sup> El nuevo estatuto de arbitraje, de manera similar, neutraliza el impacto de los tribunales inferiores al ignorarlos de manera conjunta. Aunque los casos que determinan directamente el destino de una medida de reforma económica probablemente no estarían sujetos a arbitraje, este último puede ser visto como un esfuerzo por disminuir la influencia de los jueces inferiores.

---

<sup>164</sup> Estas negociaciones no fueron del todo exitosas. Los miembros de la rama ejecutiva discutieron con algunos miembros del TSF una pensión apropiada para los magistrados de dicha corporación, la cual operaría como tope para los beneficios de retiro de los trabajadores del gobierno. Habiendo acordado una cifra, los beneficios para todos los empleados federales fueron calculados por encima de este tope. Cuando el nuevo plan de beneficios de retiro fue revelado públicamente, un miembro del TSF que no había sido consultado alegó que el plan no tenía en cuenta el hecho de que un magistrado del TSF, que también hubiese participado en las elecciones federales, podría devengar una pensión más alta que la de otros magistrados retirados de dicha corporación. Tal advertencia estropeó por completo el esquema de pensiones elaborado. De acuerdo con el consejero presidencial que reveló esta historia, el episodio incitó un estudio informal de las maneras en que la rama ejecutiva podría negociar con el TSF. Entrevista confidencial en São Paulo, Brasil, julio 22 de 1998.

<sup>165</sup> El nivel de intimidación o amenaza que, en defensa de las medidas de reforma del gobierno, puede ejercer un órgano de vigilancia tal sobre los tribunales inferiores, depende del nivel de control de los defensores del gobierno sobre tal órgano. Existen pocas razones para pensar que el consejo de vigilancia estaría controlado por los miembros de la minoría que se opone a la trayectoria económica y de reforma estatal del gobierno. Respecto a las plataformas neoliberales de los presidentes Collor y Cardoso, un autor escribe: "Desde el período populista en Brasil no se observaba una eficacia tal para convertir una ideología política en el instrumento de unificación del grupo en el poder y, al mismo tiempo, en un instrumento de legitimación de los especiales intereses de las clases y facciones que construyeron este bloque de poder entre las clases populares" (Boito, 1998: 72).

Los miembros de la administración Cardoso no promocionaron el precedente vinculante, el control externo y el arbitraje como tácticas para limitar a los tribunales inferiores, limitándose a sugerir su efecto en la eliminación de la “industria de las órdenes judiciales”.<sup>166</sup> Además, resulta difícil determinar si Cardoso apoyó estas medidas de reforma judicial con la intención expresa de limitar el alcance los tribunales inferiores. No obstante, académicos jurídicos, abogados y algunos jueces entrevistados sugieren que Cardoso ha apoyado esta agenda de reforma judicial dado su potencial para mantener controlados a los tribunales inferiores. Muchos sugirieron, en concreto, que Cardoso pudo haber apoyado el precedente vinculante a fin de impedir que los jueces inferiores estropearan las iniciativas de reforma tributaria centrales para el plan de rehabilitación económica del gobierno.

Un consejero del presidente y prominente profesor de derecho señaló que las propuestas de reforma judicial se encuentran directamente relacionadas con la reforma tributaria, añadiendo que Cardoso las apoyó en tanto el gobierno no puede captar impuestos mientras existan un sinnúmero de demandas que desafíen el tenor de las leyes tributarias mediante procesos de apelación.<sup>167</sup> Confirmando esta visión, un abogado corporativo y antiguo secretario de hacienda del Estado señaló que la reforma judicial buscaba salvaguardar beneficios económicos a corto plazo para el gobierno, bien para eliminar la interferencia judicial en la captación de impuestos como para terminar las batallas judiciales sobre la privatización: “La línea divisoria es siempre el dinero”.<sup>168</sup>

Dos jueces de tribunales inferiores señalaron que el gobierno apoyaba un precedente vinculante en tanto sus medidas de privatización habían perdido en demasiadas ocasiones las demandas interpuestas en dichas corporaciones. Uno de estos jueces afirmó que Cardoso adelantaba esta reforma judicial para garantizar que los jueces no se interpusieran en sus esfuerzos por integrar a Brasil a la economía global.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> Véanse las notas 106 y 107 y el texto correspondiente.

<sup>167</sup> Entrevista confidencial en São Paulo (julio 2 de 1998). Otro eminente profesor de derecho sugirió que la reforma tributaria era la génesis del apoyo del ejecutivo al precedente vinculante. No obstante, señaló que tal apoyo del ejecutivo había disminuido poco después de notar que el Tribunal Supremo podría perjudicar sus intereses. Este profesor se refería en concreto a una decisión del TSF que impuso a Cardoso un ajuste salarial para el personal militar, el cual era aplicable a todos los servidores civiles federales, y forzaba a la administración Cardoso a pagar a los trabajadores un costoso incremento salarial retroactivo (entrevista con Jose Eduardo da Faria, profesor de derecho, Universidad de São Paulo, julio de 1998). El director de una ONG relacionada con temas legales señaló que las demandas contenciosas relacionadas con reformas monetarias severas incentivó la propuesta de un precedente vinculante (entrevista con Miguel Pressburger, coordinador del Instituto Apoio Jurídico Popular, Rio de Janeiro, Brasil, junio 17 de 1998).

<sup>168</sup> Entrevista a Jorge Hilario Gouvea Vieira en Rio de Janeiro, junio 18 de 1998.

Un magistrado del TSF entrevistado no relacionó de manera directa las propuestas de reforma a los globalmente condicionados esfuerzos económicos y de reforma estatal del ejecutivo, mas lo hizo indirectamente. Señaló que las políticas económicas del ejecutivo, articuladas al presupuesto de la Constitución de 1998 según el cual todos los ciudadanos controlarían los asuntos públicos a través de la acción judicial, ha aumentado dramáticamente el número de demandas, particularmente de aquéllas relacionadas con la reforma económica. Luego sugirió que la preocupación del gobierno por el incrementado poder de los jueces explica parcialmente los proyectos para controlar el sistema judicial.<sup>170</sup>

Algunos observadores indican cómo la reforma judicial implicaría un avance para las medidas de reestructuración económica. El editorial de un periódico que defendía el precedente vinculante, denunciaba cómo la Constitución de 1998 permitía a jueces jóvenes, en los inicios de sus carreras y ubicados en cortes menores del interior del país, emitir órdenes contrarias a las decisiones de los magistrados del TSF, paralizando la ejecución de las políticas económicas y fiscales del gobierno federal.<sup>171</sup> Urbano Ruiz, entonces presidente de la Asociación de Jueces para la Democracia, declaró: “el precedente vinculante es antidemocrático y centralizado. Los jueces juzgarán de acuerdo con los fallos judiciales y no de acuerdo con la ley. La propuesta fue desarrollada dada la globalización de la economía...”<sup>172</sup> Igualmente, el actual presidente de dicha Asociación afirmó que la propuesta de reforma judicial operaba como restricción de los tribunales inferiores y como forma de asegurar el éxito de las reformas económicas y estatales.<sup>173</sup>

En la arena políticamente compleja de la reforma judicial en Brasil, es claro que la estrategia de reforma a la justicia de Cardoso, defendida en términos técnicos, posee consecuencias políticamente significativas que limitan el alcance de los jueces inferiores. Las agendas duales que rodean la reforma no resultan nuevas o sorprendentes. Jueces y abogados opuestos al precedente vinculante y al arbitraje afirman que el primero puede debilitar la independencia judicial y transgredir la separación de poderes, mientras que el

---

<sup>169</sup> Entrevista con Jose Renato Nalini, juez, Tribunal de Alcada Criminal de São Paulo, julio 7 de 1998. Bajo afirmaciones similares, el OAB emitió una declaración censurando el precedente vinculante como un intento de Cardoso por “ejercer control sobre el cuerpo judicial”. Véase Estudios Economicos, Sociais e Políticas de São Paulo (1997: 39), en presentación de la declaración “Carta de Fortaleza” de la Conferencia Nacional de la OAB en 1996.

<sup>170</sup> Entrevista a Carlos Mario da Silva Velloso, magistrado del TSF, Brasília, junio 22 de 1998.

<sup>171</sup> “A Reforma do Judiciario”, en *Jornal da Tarde*, agosto 1 de 1995, p. 4.

<sup>172</sup> Véase Juizes Se Dividem Sobre Poder dos Tribunais, nota al pie 155.

<sup>173</sup> Entrevista a Dyrceu Aguiar Dias Cintra, Jr., Presidente de la Associação Juizes para a Democracia, São Paulo, julio 8 de 1998.

segundo puede converger en sistemas de justicia paralelos e inequitativos. Jueces y abogados también parecen estar motivados por preocupaciones profesionales de profunda raigambre. Los jueces temen perder poder e influencia, y los abogados están prevenidos frente a una eventual pérdida de sus negocios. Por su parte, los abogados que apoyan la propuesta de un control externo, movidos por el argumento de una magistratura más democráticamente responsable, pueden estar igualmente interesados en ejercer autoridad sobre los jueces. De forma similar, los magistrados del Tribunal Supremo que apoyan el precedente vinculante sostienen que la figura reanimará a los juzgados negligentes. Probablemente ellos también pueden haber sido inspirados por la envergadura de las promesas adjuntas a la medida.

Tal como existen otras medidas para acelerar los procesos judiciales, existen medidas alternativas para guiar a los jueces inferiores. Puede que la reforma a la justicia de Cardoso no incluyera medidas contra el retardo judicial adicionales o alternativas, en tanto éstas no imponen una jerarquía de control sobre los tribunales inferiores. Las medidas que de manera más efectiva pueden contener a los jueces orientados hacia lo social no están incluidas en la reforma a la justicia de Cardoso porque tal vez serían políticamente insostenibles.

Las normas de la Constitución de 1998 representan un factor significativo que contribuye a la toma de decisiones por los tribunales inferiores impidiendo las medidas económicas y de reforma estatal. Las reglas y los nuevos derechos de corte liberal abren un espacio para que individuos y organizaciones demanden al Estado por diversas razones. Las enmiendas constitucionales para restringir el acceso a las cortes o disminuir el alcance de los derechos dispensados a los brasileros puede restringir el número de controversias políticas en los estrados judiciales y podría reducir a su mínima expresión la interferencia de los tribunales inferiores en las iniciativas de reforma estatal y económica del Estado. No obstante, sería difícil lograr apoyo político para tales medidas.

Adicionalmente, la reforma a la justicia de Cardoso podría haber incluido medidas que implicaran un control más público sobre los tribunales inferiores, tales como permitir al ejecutivo designar a los jueces de instancia federales, o trasladar unilateralmente, de dichas corporaciones a las cortes de apelación las demandas en las que el gobierno aparece como parte. Los riesgos políticos de una acción como ésta pueden haber llevado a Cardoso a apoyar una agenda de reforma a la justicia, elaborada en un discurso técnico, que de manera indirecta y menos pública limita a los tribunales inferiores.

Afirmar abiertamente la dominación del ejecutivo sobre los jueces puede ser juzgado como inherentemente antidemocrático y violatorio del espíritu de pesos y contrapesos inscrito en la Constitución de 1988. Tal como lo explica uno de los jueces del TSF, la sociedad brasilerica juzga constantemente las acciones oficiales por su correspondencia con las normas de la democracia.<sup>174</sup> Acusar a los jueces de ejercer dema-

174

Entrevista a Carlos Mario da Silva Velloso, magistrado del TSF, Brasilia, jun. 22 de 1998.

siada independencia, y defender abiertamente la injerencia del poder ejecutivo para limitarla, podría otorgar credibilidad a la oposición que denunció las tendencias dictatoriales exhibidas por Cardoso.

De forma similar, la Asociación de Abogados no toleraría una usurpación obvia del poder judicial por parte del ejecutivo. La Asociación ejerce una enorme (aunque en mengua) influencia sobre las políticas locales y federales en Brasil.<sup>175</sup> Miembros del Congreso y sus colaboradores señalan a la Asociación como uno de los más influyentes poderes de cabildeo en Brasilia. Tradicionalmente los abogados han sido firmes defensores del orden legal y se han unido en contra de los líderes que han ido más allá de sus parámetros de poder. De hecho, la Asociación ya se manifestó en contra de la propuesta de un precedente vinculante en tanto sus miembros la entienden como una amenaza a la independencia judicial.<sup>176</sup> Por consiguiente, la Asociación se encuentra en una posición sólida para minar la agenda política del gobierno.

Enfrentado a dificultades surgidas del uso político de las cortes –tardanza judicial e interferencia de los tribunales inferiores en las medidas económicas y de reforma estatal– Cardoso se apoyó en un discurso técnico a fin de elaborar una agenda judicial que nominalmente busque disminuir los retrasos judiciales. Tal estrategia de reforma a la justicia se encuentra en correspondencia con la del Banco Mundial y otras instituciones. La retórica técnica tiende a oscurecer, de manera significativa, el hecho de que el precedente judicial, el control externo y el arbitraje restringirían el alcance de los tribunales inferiores, y lo harían de un modo más aceptable políticamente que un control abierto de la magistratura por parte del ejecutivo.

## CONCLUSIÓN

El presente artículo demuestra que el tipo de reforma judicial propuesta por el gobierno del presidente Cardoso se encontraba condicionada por la intención gubernamental de renovar la economía brasilera y la estructura burocrática del Estado para incursionar en un único mercado global, en concierto con el paradigma global neoliberal. Las presiones globales y locales para insertar a Brasil de manera más firme en el mercado global se combinaron con las dinámicas domésticas de nuevos derechos, posiciones liberales para defenderlos, acciones judiciales reforzadas, y una filosofía judicial orientada hacia lo social, originando problemas de retraso judicial y de órdenes que impe-

---

<sup>175</sup> La Asociación logró un enorme crédito social como uno de los incitadores clave de la transición del régimen autoritario hacia la democracia. Los *policymakers* tradicionalmente habían sido elegidos de las listas hechas por la Asociación. No obstante, recientemente la Asociación ha adquirido un rol más corporativo y está protegiendo intereses profesionales, lo cual ha implicado una disminución de su prestigio social. Véase a este respecto Dezalay y Garth (1996: 7) y Eliane Botelho Junqueira Junqueira (1998).

dían el progreso de los esfuerzos de Cardoso por reestructurar la economía brasilera. La agenda de reforma a la justicia del gobierno, apoyada en términos técnicos que evocan un énfasis global en soluciones técnicas a los problemas judiciales, puede evidenciarse menos exitosa en la disminución del retraso judicial que en la restricción del poder de los tribunales inferiores para interferir con la política económica.

A un nivel más amplio, este artículo muestra que la relación entre derecho y globalización no constituye una trayectoria unívoca o uniforme de actores o tendencias globales que alteran condiciones locales. En Brasil, los actores locales inducen cambios en las condiciones locales del sistema judicial que no se corresponden con la tendencia global a integrarse con el mercado mundial. Dentro del contexto brasilero, tales evidencias difieren de la asunción que subyace a la presión global por jueces independientes y eficientes como la médula espinal de las economías de libre mercado. El énfasis en la promoción del Estado de derecho en países de mercado emergente y en las nuevas democracias se basa en el supuesto de que un acceso más amplio a cortes independientes contribuirá a un desarrollo económico orientado por el mercado, al estabilizar las reglas de juego para los actores económicos y otros, produciendo certeza y predecibilidad. En Brasil, por el contrario, un acceso más amplio a las cortes ha incrementado la instrumentalización política de los jueces y, en consecuencia, ha truncado la estrategia gubernamental de desarrollo orientada por el mercado.

Estos descubrimientos llaman la atención igualmente sobre cuestiones relacionadas con los efectos de una agenda de reforma a la justicia que se concentra en los problemas surgidos a partir del uso de los tribunales para desafiar reformas políticas y económicas. Tal estrategia puede ignorar otras fallas del sistema, al menos por el momento. Las alternativas concretas que pueden reducir el retraso no están siendo implementadas en tanto no se dirigen en contra del problema político creado por tribunales inferiores que entorpecen medidas económicas y de reforma estatal. Si lograsen aliviar los problemas de eficiencia, tales alternativas eliminarían las justificaciones técnicas de reducción de los retrasos que acompañan las medidas que limitan el poder de los tribunales inferiores.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ, J. E. (1991), "Promoting the 'Rule of Law' in Latin America: Problems and Prospects", en Washington, Int'l L. & Econ.
- ANTUNES, C. L. (1997), "Sobre a Sumula Vinculante," en *Revista de Informação Legislativa*, 34.
- ARANTES, R. B. (1999), *Judiciário e Política no Brasil*, São Paulo, IDESP.
- BOITO, A. (1998), "Neoliberal Hegemony and Unionism in Brazil", en *Latin American Perspectives*, 25.
- BOMFIM, B. C. (1998), *A Crise do Direito e do Judiciário*, São Paulo, Ed. Destaque.



- BONELLI, M. d. G. (1997), *Professional Competition in the Brazilian Judicial World*, Working Paper, 9609, American Bar Foundation.
- BOTELHO, E. (1993), *A Sociologia do Direito no Brasil*, Rio, Lumen Juris.
- et al. (1997), *Juizes: Retrato em Preto e Branco*, Rio de Janeiro: Letra Capital.
- (1998), *The Brazilian Bar Association in the Struggle for Human Rights*, manuscrito no publicado.
- BRESSER, L. C. (1997), *State Reform in the 1990s: Logic and Control Mechanisms*, Brasilia, Mare.
- CARMONA, C. A. (1998), "Arbitragem e Processo: Um Comentario a Lei 9.307 de 1996," São Paulo, Malheiros.
- CARRASCO, E. R. (1994), "Law, Hierarchy, and Vulnerable Groups in Latin America: Towards a Communal Model of Development in a Neoliberal World", en *Stanford Journal of International Law*, 30.
- CASTELAR, A. (1998), Banco Nacional de Desenvolvimento Economico e Social, Nota Técnica AP/DEPEC No. 02/98, A Reforma do Judiciario: Uma Analise Economica.
- CASTRO, M. F. d. (1997), "The Courts, Law, And Democracy in Brazil," en *International Sociology Science Journal*, 152.
- CHIBUNDU, M. O. (1997), "Law in Development: On Tapping, Gourding and Serving Palm-Wine," en *Case Western Reserve Journal of International Law*, 29.
- DAKOLIAS, M. (1996), "The Judicial Sector in Latin America", en *World Bank Technical Paper*, No. 319.
- DEZALAY, Yves y Bryant GARTH (1995), "Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes," en *Law and Society Review*, 29.
- y Bryant GARTH (1996), *Political Crises as Professional Battlegrounds: Technocratic and Philanthropic Challenges to the Dominance of the Cosmopolitan Lawyer-Statesman in Brazil*, Working Paper 9612, American Bar Foundation.
- FABIANO Ruy, J. B. (1998), "Judiciario Eleva Custo Brasil e Inibe Investimentos", en *Gazeta Mercantil*, 20.
- (1998), "Notaveis Discutirao Reforma do Judiciario", en *Gazeta Mercantil*, 26.
- FALCAO, J. (1988), "Lawyers in Brazil. Ideal and Praxix", en *International Journal of Sociology of law*, 7.
- FEINGENBAUM, H. (1999), "Globaloney Revisited: Globalization Viewed with a Critical and Sympathetic Eye", documento preparado para la conferencia "El impacto de la globalización en el gobierno", patrocinada por el Comité de investigación gubernamental de la Asociación de Ciencia Política Internacional, Universidad de Wisconsin, Madison.
- FIGUEIREDO, S. D. (1997), "A Arbitragem no Sistema Juridico Brasileiro", en *Revista Trimesetral de Jurisprudencia dos Estados*, 169.

- FIX FIERRO, H. (1997), "The Impact of Globalization on the Reform of the State and the Law in Latin America", en *Houston Journal of International Law*, 19.
- FLEISCHER, D. (1998), "The Cardoso Government's Reform Agenda: A View from the National Congress, 1995-1998", en *Interamerican Studies & World Affairs*, 40.
- GARDNER, J. A. (1980), *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, University of Wisconsin Press.
- HAMMERGREN, L. A. (1998), *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America: The Peruvian Case in Comparative Perspective*, New York, Westview Press.
- KEPP, M. (1997a), "Judge Stalls CVRD Divestiture", en *Am. Metal Market*, 105.
- (1997b), Economic Costs of Inefficiency in Brazil 1 (borrador sin publicar).
- Lawyers Committee for Human Rights y Provea (1996), *Halfway to Reform: The World Bank and the Venezuelan*, New York, LCHR.
- LINO, J. R. (1994), "Democracia e Justica Alternativa", en *Juizes Para a Democracia*, 2.
- LONGO, C. A. (1993), "The State and the Liberalization of the Brazilian Economy. Brazil: The Challenges of the 1990s", en Maria J. F. Willumsen y Eduardo Giannetti da Fonseca (eds.), *The Brazilian Economy: Structure and Performance in Recent Decades*, Miami, University of Miami, North-South Center Press.
- LOTHIAN, T. (1995), "The Democratized Market Economy in Latin America (and Elsewhere): An Exercise in Institutional Thinking Within Law and Political Economy", en *Cornell International Law Journal*, 28.
- MERRYMAN, J. H. (1977), "Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement," en *American Journal of Comparative Law*, 25.
- (1993), *The Civil Law Tradition*, Stanford, Stanford University Press.
- MOREIRA, M. H. (1985), *State and Opposition in Military Brazil*, Austin, University of Texas Press.
- NALINI, J. R. (1995), "A Reforma Judicial no Brasil," en *Revista dos Tribunais*, 712.
- OSIEL, M. J. (1995), "Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil," en *Law and Social Inquiry*, 20.
- PAULSEN, L. (1995), *Justica Federal: Propostas Para o Futuro*, São Paulo, Ed. Advogado.
- PINHEIRO, P. S. (1998), "The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America: New Democracies, Uncivil Societies and Non-Access to Justice en Ministerio da Administracao e Reforma do Estado", en *Sociedade e a Reforma do Estado*, São Paulo, Brasil.
- PRESSBURGER, T. M. (1995), "Direito, a Alternativa", en *Anos de Pesquisa*, 10.
- ROSENN, K. S. (1992), "Constitution of the Federative Republic of Brazil: Annotated English Translation", en *A Panorama of Brazilian Law*, 5.

- RUY, Fabiano (1998), "Notaveis Discutirao Reforma do Judiciario", en *Gazeta Mercantil*.
- SADEK, Maria Teresa y Rogerio BASTOS ARANTES (1994), *A Crise do Judiciario e a Visao dos Juizes*, manuscrito no publicado.
- SAEZ, F. (1988), "The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations," en *American University International Law Review*, Vol. 13.
- SANTOS, B. (1997), "Towards a Multicultural Conception of Human Rights," *Zeitschrift Für Rechtssoziologie*, 1.
- (1998), "The GATT of Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts", en *Oñati Papers*, 7.
- SELCHER, W. A. (1998), "The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification, and Regionalism in Brazil", en *Journal of Interamerican Studies & World Affairs*, 40.
- SHAPIRO, M. J. (1993), "The Globalization of Law", en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1.
- SHIHATA, I. F. I. (1995), "Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and Judicial Reform", en Malcolm Rowat et al. (eds.), *Proceedings of a World Bank Conference 13*, Washington, World Bank.
- SILVA, C. M. da (1997), *The Judicial Power: How to Make it More Agile and Dynamic-Binding Effect and Other Subjects*, documento sin publicar.
- SIKKINK, K. (1997), *Transnational Advocacy Networks and the Social Construction of Legal Rules*, manuscrito no publicado.
- SKIDMORE, T. E. (1988), *The Politics of Military Rule in Brazil, 1964-85*, Nueva York.
- SNYDER, F. G. (1980), "Law and Development in the Light of Dependency Theory", en *Law and Society Review*, 14.
- STRECK, L. L. (1996), "O Efeito Vinculante e o Mito da Efectividade", en *Justicia e Democracia*, 2.
- TAMANAH, B. Z. (1995), "The Lessons of Law-and-Development Studies", en *American Journal of International Law*, 89.
- TOURINHO, F. d. C. (1995), "Efeito Vinculante das Decisoes do Supremo Tribunal Federal: Uma Solucao para o Judiciario", en *Revista de Informacao Legislativa*, 32.
- TRUBEK D., Ruth, Ruth BUCHANAN e Yves DEZALAY (1994), "Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas", en *Case Western Reserve Law Review*, 4.
- (1974), "Scholars in Self Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review*.
- (1996), *Law and Development: Then and Now*. Am. Soc. of Int'l L. Proceedings of the 90th Annual Meeting, 90 ASIL.
- (1972), *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development*, en *Yale L.J.* 1,82.

- VILLEN, A. (1995), "Controle Externo e Interno do Judiciario: O Controle Politico-Ideologico e as Sumulas Vinculantes", en *Justica e Democracia*, Número Especial de Lanzamiento.
- WALLERSTEIN, I. (1974), *The Modern World-System I: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, New York, Academic Press.
- WERNNECK, L. et al. (1997), *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, São Paulo, Revan.

# Algunos aspectos de la independencia del poder judicial en Brasil \*

11

Claudia Maria Barbosa\*\*

---

## INTRODUCCIÓN

Brasil, como el resto de América Latina, sufrió desde el final de los años setenta y el inicio de los ochenta, una situación de crisis. Las razones por las cuales el continente vivió este periodo de manera tan intranquila son múltiples: entre otras, se encuentran los recientes procesos de democratización tras décadas de dictadura, el fin de los préstamos ventajosos que en Brasil financiaron el “milagro económico” en la década de los setenta, la economía inflacionaria, los altos costos económicos y sociales del pago de la deuda externa y la ausencia de políticas públicas para atenuar la crisis social (Barbosa, 1999: 4).

Esta crisis, entendida como la incapacidad de cumplir determinada función, no fue solo de la economía y de la sociedad, sino del Estado y de sus instituciones y, en consecuencia, de su instrumento privilegiado de regulación: el derecho (Roth, 1996: 15).

La llamada “crisis del poder judicial” es el reflejo de la fragilidad del Estado. La “crisis de la justicia”, la “cuestión judicial”, el “problema de la justicia” son diferentes expresiones para nombrar un mismo fenómeno en tiempo y espacio semejantes: la insatisfacción de la sociedad con la actuación del poder judicial, así como el creciente déficit de legitimidad que enfrenta ese poder estatal.

---

\* Traducción de Felipe Cammaert.

\*\* Doctora en derecho. Directora y profesora de los cursos de pregrado y posgrado en derecho en la Pontificia Universidad Católica de Paraná –PUCPR.  
Correo electrónico: [cbarbosa@ppgia.pucpr.br](mailto:cbarbosa@ppgia.pucpr.br)

Tal fenómeno se ha colocado en el centro de debates políticos mundiales, especialmente en los países latinoamericanos, entre ellos Brasil. Esta crisis, aunque haga parte de un contexto más grande, apunta hacia una crisis del Estado contemporáneo, y en general se presenta de manera individualizada y autónoma.

La complejidad de las relaciones sociales, la creciente demanda de ejercicio del poder judicial como consecuencia de la democratización de la sociedad, la incorporación de los derechos sociales en varias constituciones recientes de países en vía de desarrollo, así como la disparidad entre el discurso jurídico y la planificación económica, son señalados superficialmente como algunos de los factores que causan y/o contribuyen al agravamiento de la crisis del poder judicial.<sup>1</sup> Ellos responden apenas a la faceta aparente de la crisis y algunas veces reflejan sus consecuencias, aunque no las causas de la disfunción de esta entidad.

De hecho, la mayoría de los estudios y de las propuestas de solución para la crisis del poder judicial parten de la constatación de que éste no está ejerciendo correctamente sus funciones, centrando la reforma en la mejoría de las condiciones materiales, en el mayor número de jueces, en la mejor preparación de los magistrados, en la reforma de los procedimientos jurídicos, etc. Tales propuestas consideran la discusión sobre la función del poder judicial y la actuación de sus miembros como “datos” sobre los cuales no cabe ninguna discusión.<sup>2</sup>

En estos trabajos está presente el dogma de que “el buen funcionamiento del Estado democrático de derecho depende de una rama judicial democrática e independiente”, así como del supuesto de que los poderes del Estado actúan de forma armónica e independiente. Los procesos y las causas para garantizar tales factores son comúnmente ignorados.

El modelo de poder judicial vigente es todavía el del Estado liberal, centrado en la garantía de los derechos individuales contra los abusos del poder, dentro de un marco de solución de conflictos individuales. Los modelos presentes en países cuyo sistema es la *civil law* están aún centrados en la ley, presuponiéndola como fruto de la voluntad general, que debe ser aplicada y excepcionalmente interpretada por los jueces, de quienes se espera neutralidad e imparcialidad en relación con los conflictos

---

<sup>1</sup> Sobre este punto, véanse los trabajos de Eugenio Raul Zaffaroni (1995), Boaventura de Sousa Santos (1997), José Eduardo Faria (1997) y Andrei Koerner (1998).

<sup>2</sup> Ejemplos de este tipo de aproximación se pueden consultar en los siguientes documentos: Reporte sobre el poder judicial elaborado por el Supremo Tribunal Federal en 1975; Esbozo de Propuesta de Enmienda a la Constitución Federal de la Orden de los Abogados de Brasil en 1997; la colección de artículos escritos por eminentes juristas y ministros de los Tribunales Superiores del país, reunidos en la obra *Lo judicial y la Constitución* (1994).

que le son sometidos. Se busca así un juez asceta, apolítico, distante e independiente de los demás poderes.

El presente texto propone una discusión sobre la independencia del poder judicial. De esta manera, concibe esta independencia no sólo como la garantía institucional del sistema judicial, sino como su condición de existencia. Modifica también la independencia judicial frente al ciudadano, y de éste frente al Estado de derecho, en el presupuesto de que la llamada independencia se dirige ante todo a los sujetos de esta jurisdicción, quienes necesitan contar con la certeza de la actuación de un poder independiente.

Este texto no propone, sin embargo, la construcción de una teoría jurisdiccional de la independencia del poder judicial. Estudia, eso sí, algunos aspectos relacionados con la independencia externa, lo que lleva a tener en cuenta su interrelación con los demás poderes, así como con las fuerzas organizadas de la sociedad civil, los grupos de presión, *lobbies*, además de la independencia interna del magistrado, que lo protege de los constreñimientos propios del medio (Rocha, 1995: 28).

Se analizará aquí la organización del poder judicial, la función externa e interna del magistrado en los diferentes escalafones de esta entidad, para finalmente evaluar las posibilidades de independencia de este poder a partir de dos iniciativas contenidas en la propuesta de enmienda constitucional de reforma del poder judicial, que actualmente cursa en el Senado Federal: por un lado, el principio que pretende dar efecto vinculante a las decisiones del Supremo Tribunal Federal frente a los otros órganos del poder judicial y a la administración pública; por otro lado, la creación del Consejo Nacional de Justicia como órgano de control de la actuación del poder judicial, así como de consejos y auditorías para aproximar los jueces a la población.

## **SEPARACIÓN DE PODERES E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN BRASIL**

La expresión "independencia judicial" es considerada por muchos como autoexplicativa. Su alcance es, sin embargo, relativo y su verificación depende de condiciones objetivas y subjetivas que varían tanto espacial como temporalmente. Así, el análisis comparativo de las normas o estadísticas puede transmitir ideas erróneas que no tienen ninguna posibilidad de verificación fáctica. Por más de que sean construcciones teóricas deseables sobre la independencia del poder judicial, no se puede prescindir de un análisis factual que tenga en cuenta un determinado contexto histórico, económico y político.

La independencia del poder judicial como poder estatal tiene su origen en la formación del Estado moderno, cuya construcción sufrió influencias de movimientos que tuvieron inicio en algunos casos en la Edad Media. Contractualismo, humanis-

mo, racionalismo e iluminismo influenciaron fuertemente la construcción del Estado como sociedad política, y a su vez éste influyó decididamente el derecho.

En suma, se puede afirmar que el contractualismo establece la tesis de que el poder estatal tiene su origen en el acuerdo de voluntades individuales. Los individuos constituyen un pacto social que funda la organización política y jurídica de la sociedad, la cual estará expresada en la Constitución. Por medio de este consentimiento el pueblo, a través de sus representantes, definirá las reglas que deberán regir esta sociedad; la ley, como expresión de la voluntad general resultante de la suma de voluntades, es la única norma susceptible de asegurar la cohesión social, limitando la esfera de libertad de cada uno de los individuos. La organización estatal es entonces percibida como un orden jerárquico racional y coherente, en el cual los individuos poseen derechos inalienables garantizados por la Constitución. Toda esta construcción tiene como base la razón. Dentro de esta esfera, el derecho aparece como una proposición lógica, basada en reglas justas a las cuales la razón permite acceder. El Estado, por un lado, detenta el monopolio de la cohesión; por el otro, se sujeta igualmente a las reglas de derecho, debiendo actuar de conformidad con éste y por medio de éste. Nace así la necesidad de controlar al Estado y, de esta manera, la tesis de la separación de poderes (Barbosa, 2002: 21-22).

La formulación teórica elaborada por Montesquieu (1993: 170) parte de dos premisas hasta hoy incontestables: la primera de ellas afirma que quien detenta el poder tiende a abusar de él, sobrepasando sus propios límites; la segunda advierte que “para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene el poder. Una constitución puede existir bajo la hipótesis de que nadie será forzado a hacer cosas que la ley no le obligue a hacer, ni tampoco a hacer aquellas que la ley permite.”

La teoría de la separación de poderes fue acogida de manera diferente en los países de *common law* y en los de *civil law*. En Inglaterra, donde históricamente el Parlamento (poder legislativo) actuó en defensa de los ciudadanos contra la opresión del poder real, se instauró el principio de la supremacía parlamentaria. En Estados Unidos, el proceso de formación histórica hizo que desde un principio los jueces actuaran como árbitros de los conflictos entre las colonias y la metrópolis, y luego como árbitros de los conflictos entre los nuevos Estados federados y la misma federación, función que acabó concretándose en la noción de “control de constitucionalidad” todavía vigente. Finalmente, en Francia, donde los jueces estuvieron históricamente asociados a los privilegios de la nobleza, se restringió la función judicial al punto que, según Montesquieu, éstos no deberían ser más que “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, limitando el poder de los magistrados a la aplicación de la ley votada por los representantes legítimos del pueblo.

A pesar de estas diferencias de percepción entre los países de tradición *civil law* y aquellos con un sistema de *common law*, es posible afirmar que la tesis de la



separación de poderes se encuentra estrechamente ligada a la formación del Estado liberal, cuya preocupación central era justamente de garantizar los derechos individuales frente a los abusos del poder del Estado.

La historia del poder judicial en Brasil está relacionada con su proceso histórico de colonia portuguesa a Estado independiente. Durante el periodo de la Colonia, prácticamente no existía un derecho patrio brasileiro. Se utilizaba la legislación portuguesa, y en particular las disposiciones constantes de las Cartas de Donación y de los Títulos de Cesión de Tierras. La administración de justicia estaba a cargo de los donatarios, quienes en calidad de propietarios de las tierras ejercían sobre ellas el dominio casi absoluto, acumulando las funciones de administradores, jefes militares y jueces (Wolkmer, 1999: 47-59).

En la segunda fase del periodo colonial, después del fracaso de la mayoría de las capitanías, el poder judicial en Brasil pasó a ser ejercido por el gobernador general, que también alternaba el poder de juzgar con el de administrar. Había jueces con investidura, normalmente impartida por Portugal, escogidos por la Corona para ejercer en la colonia las funciones de magistrado. Un estudio sobre la organización de la justicia en el periodo colonial realizado por Stuart B. Schwartz (1979) revela dos tipos de relaciones conflictivas presentes en la selección y en el ejercicio profesional de la magistratura: relaciones burocráticas calcadas sobre procedimientos racionales, formales y profesionales; relaciones primarias personales basadas en el parentesco, la amistad, el apadrinamiento y el soborno. Sobre estas dos clases de relaciones, Wolkmer observa (1999: 66): "El entrelazamiento de estos dos sistemas de organización – burocrático y de relaciones personales– proyectaría una distorsión que marcaría profundamente el desarrollo de nuestra cultura jurídica institucional." Y el mismo autor concluye afirmando: "Es indiscutible por tanto reconocer que en el Brasil colonial la administración de justicia actuó como instrumento de dominación de la Corona" (68).

Con la independencia, ocurrida en 1822, se inicia un nuevo periodo, aunque sin ruptura con el pasado. En 1824 fue promulgada la primera Constitución imperial, la cual consagraba formalmente la separación de poderes, aunque la realidad demostrara que el judicial era un "poder proscrito, pues su autonomía –tanto espiritual como judicial– era relativa, encontrándose sujeta a las interferencias del poder moderador"<sup>3</sup> (Araújo, 2000: 60). Refiriéndose a la función de los magistrados en este período, Koerner (1998: 48) advierte que "su situación política era al mismo tiempo la de representantes del poder imperial, de miembros de un partido político y por tanto de aliados o adversarios de las facciones locales, así como de jueces".

---

<sup>3</sup> El poder moderador, ejercido por el Emperador de Brasil, se basaba en el principio de la neutralidad del poder real, el cual moderaba y equilibraba la acción de los demás poderes, interviniendo cuando el equilibrio recíproco se viera afectado (Araújo, 2000: 25).

Con la proclamación de la República (1889), el gobierno central pierde fuerza con relación a la implantación del modelo norteamericano de organización del Estado, fundado en la existencia de dos entes federativos distintos: la Unión y los Estados-miembros. El Proyecto constante de la Constituyente fue fuertemente defendido por Rui Barbosa,<sup>4</sup> que idealizaba el modelo norteamericano, y acabó siendo incluido en la Constitución de 1891, primera Constitución de la República Federativa de Brasil. En ella, el poder judicial aparece con la doble función de actuar como árbitro de la federación y de velar por la garantía de las libertades individuales contra el poder arbitrario del Estado.

Todas las constituciones vigentes posteriores a la Carta de 1891 consagraron la tesis de la independencia del poder judicial. Su actuación real varió según los momentos políticos que vivió Brasil: control durante el Estado-Novo getulista, redemocratización bajo la Constitución del 46 y un retroceso durante los años de la dictadura, de 1964 a 1984.

La promulgación de la actual Constitución, en octubre de 1988, significó la victoria del proceso de democratización en el país. En ese contexto, la Carta consagró la plena autonomía del poder judicial el cual, sin embargo, no opera por sí solo como si se tratara de un truco de magia.

No resulta difícil observar que el poder judicial en Brasil estuvo históricamente al lado del poder político, debiendo incluso considerar que muchas veces se trataba de poderes ejercidos por las mismas personas. Esta situación se fue modificando a partir de la proclamación de la República, pero sus raíces están aún fincadas en la historia brasilera. La tesis de la separación de poderes consagrada con la proclamación de la República está asentada, entre otras, "en el principio de la supremacía de la Constitución, al cual se subordinan todos los poderes, así como en la independencia de la rama judicial, que se manifiesta en primer lugar en la prerrogativa eminente de proceder al control judicial de las leyes y de los actos normativos frente a la Constitución, anulándolos cuando éstos sean incompatibles con ella" (Silveira, 1994: 3).

Esta función contempla la llamada independencia externa del poder judicial. Bajo su manto residen por lo menos dos dimensiones: de un lado, la independencia institucional del poder judicial en tanto poder del Estado, así como las garantías constitucionales establecidas para asegurar tal situación; y de otro lado, la independencia de los miembros del poder judicial, en especial los magistrados en el ejercicio de su función y las correspondientes garantías definidas para salvaguardar tal independencia.

---

<sup>4</sup> Rui Barbosa fue uno de los más importantes juristas brasileños. Republicano, vivió en Estados Unidos de donde trajo propuestas de organización del poder judicial que influenciaron fuertemente la Constitución Republicana, cuyo sistema de control de constitucionalidad era prácticamente importado de Estados Unidos.

La Constitución brasilera vigente consagró al judicial como un poder de Estado, al lado de los dos poderes ejecutivo y legislativo, gozando de las mismas prerrogativas atribuidas a estas dos entidades. Su independencia está contenida en la Constitución Federal, bajo la forma de la autonomía administrativa y financiera, tal y como lo prevé el artículo 99, *caput*, cabiéndole al poder judicial, de manera general, la elaboración de sus propias propuestas presupuestarias, la constitución de los reglamentos internos de sus órganos, la elección de órganos directivos, el nombramiento de los jueces por medio de concurso público organizado por él, y la vigilancia de las actividades desarrolladas por sus miembros y auxiliares, entre otras funciones.

Además de las garantías institucionales propias del poder judicial como un todo, los jueces gozan de garantías específicas, las cuales buscan alcanzar dos objetivos: primero, asegurar la independencia funcional del magistrado en su actuación profesional, y segundo, garantizar al ciudadano una actuación independiente, pues la razón de su existencia es la realización de la justicia. En cuanto a la consecución del primer objetivo, los jueces tienen, entre otras, las siguientes prerrogativas: el carácter vitalicio de su cargo, en razón del cual el funcionario, una vez sea investido como titular de la plaza para la cual fue nombrado, solo podrá perderla por voluntad propia, jubilación compulsoria (por edad) o como consecuencia de una sentencia jurídica en firme; la inamovilidad, relativa a la permanencia del magistrado en el cargo y lugar para el cual fue nombrado, salvo algunas excepciones previstas por la ley, y la irreductibilidad de vencimientos, que implica la garantía de continuidad de la remuneración del funcionario mientras éste se encuentre en ejercicio de su cargo. Con respecto al segundo objetivo se han previsto prohibiciones constitucionales (tales como el ejercicio de otro cargo u oficio salvo el magisterio, el desempeño de actividades político-partidarias y la circunstancia de recibir a cualquier título remuneraciones o participaciones en el curso del proceso) que aseguran al ciudadano una actuación imparcial e independiente del magistrado.

Desde el punto de vista formal, puede afirmarse por tanto la independencia del poder judicial, lo que evidencia una evolución considerable en la historia constitucional de Brasil y de América Latina, vista en su conjunto.

Entre tanto, las garantías constitucionales de independencia del poder judicial no aseguran por sí solas un poder incólume, ya que éstas son más una conquista del Estado democrático de derecho y, paradójicamente, su condición de subsistencia. En este contexto, la crisis del poder judicial, bajo sus diversos aspectos, es motivo de preocupación, pues por un lado ésta debilita la propia rama judicial y, por ende, al Estado de derecho. La falta de credibilidad en el poder judicial amenaza la totalidad del Estado de derecho porque a medida que se pierde confianza en el poder punitivo del Estado se abre espacio a la justicia privada, es decir, a la venganza propia, a la barbarie.

La crisis del sistema judicial en Brasil afecta igualmente toda su actuación, en especial su función, la legitimidad de sus actuaciones frente a la sociedad, la calidad de la prestación jurisdiccional ofrecida a la población, la propia concepción de éste como guardián de la Constitución y el poder asegurador del Estado. Las soluciones comúnmente propuestas están sin embargo centradas en la mejoría de las condiciones materiales, en la informatización de la justicia, el aumento del número de jueces, en la mejor capacitación de los magistrados<sup>5</sup> y en la reforma de los procedimientos judiciales. Tales propuestas acabaron por encubrir los factores reales de la crisis, que tienen que ver sobre todo con su función y su legitimidad.

Esta tendencia se verifica igualmente en la propuesta de reforma del poder judicial que está en curso en Brasil hace casi diez años. Este texto, que estipula una reforma de la Constitución Federal, fue votado y aprobado en la plenaria de la Cámara de Diputados en el año 2000, aunque bajo el gobierno del presidente Fernando Henrique Cardoso, y se encuentra actualmente en manos del Senado Federal para la discusión y las modificaciones del caso.

De esta propuesta serán evaluados básicamente dos puntos, relacionados con la problemática de la independencia del poder judicial: por un lado, la propuesta de dotar de efecto vinculante de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, y por el otro la creación de un órgano de control externo y de auditoría dirigido hacia el poder judicial.

## **ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL PODER JUDICIAL BRASILEÑO E INDEPENDENCIA DE LOS MAGISTRADOS**

El modelo de poder judicial brasileño es tecno-burocrático, en los términos de la tipología propuesta por Zaffaroni (1995), cuyas características pueden ser resumidas en los siguientes puntos: en primer lugar, la selección técnica de jueces y otros cargos importantes por medio de un concurso público y/o de exámenes o títulos; en segundo lugar, una acentuada tendencia a la burocratización de carrera, que posibilita un control vertical de la actuación jurisdiccional por medio de promociones, remociones, sanciones disciplinarias, etc.

Este modelo no pone en peligro la independencia institucional del poder judicial. Por el contrario, es corolario de ella, pues reafirma la independencia adminis-

---

<sup>5</sup> Ejemplos de este tipo de aproximación se pueden consultar en los siguientes documentos: Reporte sobre el poder judicial elaborado por el Supremo Tribunal Federal en 1975; Esbozo de Propuesta de Enmienda a la Constitución Federal de la Orden de los Abogados de Brasil en 1997; la colección de artículos escritos por eminentes juristas y ministros de los Tribunales Superiores del país, reunidos en la obra *Lo judicial y la Constitución* (1994).

trativa en una tendencia auto-organizativa en la cual los otros poderes no intervienen. Compromete sin embargo la denominada independencia interna, que considera al magistrado en relación con los otros órganos del poder judicial.

El poder judicial brasileiro presenta una estructura federal y otra estatal, ambas verticalmente organizadas de la cúpula a la base. El órgano máximo en los dos casos es el Supremo Tribunal Federal, seguido de tribunales superiores que se ocupan de lo federal (Tribunal Superior de Justicia) o de lo especial (Tribunal Superior del Trabajo, Tribunal Superior Electoral y Tribunal Superior Militar). Más abajo se encuentran los tribunales regionales federales y los jueces federales (para temas de carácter federal), los tribunales y jueces estatales, así como los tribunales regionales en las áreas especiales anteriormente citadas. El ingreso a la carrera judicial se hace por concurso público, y se inicia en los órganos inferiores. En los Estados hay jueces singulares que residen en provincias distantes, o jueces federales en los casos de su competencia.

Los mecanismos de ascenso en la carrera judicial están previstos en la Constitución Federal y desarrollados en los reglamentos internos de los tribunales competentes. Se tienen en cuenta los criterios de antigüedad y de méritos. El mérito debe ser estimado "por los criterios de desempeño y seguridad en el ejercicio de la jurisdicción y por la asistencia y participación a los cursos reconocidos de actualización" (art. 93, I, "c" de la Constitución Federal). Se tienen igualmente en cuenta criterios objetivos, resultantes de estadísticas que no siempre reflejan la calidad de la prestación jurisdiccional (cantidad de sentencias proferidas, número de procesos en curso, etc.), y criterios subjetivos, no siempre favorables a los magistrados novatos que desean ascender en la carrera judicial. Las decisiones administrativas que niegan la promoción por méritos no necesitan ser justificadas, aunque la misma candidatura no puede ser negada tres veces consecutivas o cinco alternadas al interior de una lista de méritos.

El modelo de poder judicial asimila al magistrado a un funcionario público, aunque se trata de un funcionario privilegiado. Como funcionario público, el juez está sujeto al mismo tipo de evaluación que un servidor público que presta servicios a la población, exigiéndole muchas veces criterios de eficiencia y productividad que no van de la mano con la naturaleza de la función jurisdiccional. La carrera judicial acaba privilegiando al magistrado burocrático, formalista, en detrimento de aquel que busca, por ejemplo, patrones de satisfacción evaluados según la proximidad del juez con la población local. En la práctica, es común ver que jueces de provincias inferiores decidan cuestiones que le son sometidas tomando como modelo la posición mayoritaria de los tribunales jerárquicamente superiores, reproduciendo así las consideraciones de estos últimos bajo el argumento de que "no quieren ver su sentencia revocada".

El control funcional y la actividad jurisdiccional permanecen bajo el control de los órganos superiores. Se trata de una intromisión manifiesta, que amenaza la actuación del magistrado y que se opone a la garantía constitucional de la indepen-

dencia de las decisiones judiciales. La revocación de una sentencia se ve como una incorrección, hasta como un atrevimiento del juez de primera instancia que difiere de la posición de los tribunales superiores. La gravedad de esta situación se acentúa si se observa que en el sistema brasileiro un juez singular, de primera instancia, es el único órgano del poder judicial que tiene un contacto directo con las partes y con la situación concreta del caso en cuestión.

En síntesis, la estructura judicial brasileira impele al magistrado que inicia su carrera a actuar midiendo siempre su ascenso a cargos superiores. Hay jueces a quienes se lleva a privilegiar sentencias acordes con el entendimiento instituido por los tribunales superiores, en detrimento de las decisiones puramente fundadas en la ley y en la interpretación que de ella se hace, teniendo en cuenta la función del poder judicial en el Estado contemporáneo. Si no actuara de esta manera, el juez sería castigado indirectamente, ya sea porque podría ser relegado a vivir en regiones del interior donde las condiciones de vida son más precarias debido a la remuneración, o bien porque podría verse privado de la posibilidad de intervenir política y administrativamente en el futuro del poder judicial y en su papel frente a la sociedad.

## **EL DOBLE PAPEL DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y EL EFECTO DE SUS DECISIONES**

Defender la independencia judicial no significa necesariamente afirmar que los jueces son libres de decidir de acuerdo con sus convicciones personales, sus valores políticos, morales o filosóficos. Su actuación, especialmente en los países que han adoptado el sistema de *civil law*, debe basarse en la ley establecida para el caso particular. En ese sentido, un poder judicial independiente no es sinónimo de un poder judicial irresponsable.

Aunque no se puedan negar tales premisas, ignorar los movimientos en ese sentido tampoco contribuye al perfeccionamiento de la actividad judicial. Al decidir sobre un conflicto, la sentencia no podrá estar fundada en las preferencias personales del magistrado. Tal como lo advierte François Rigaux (2000: 137),

(...) la idea a veces avanzada de que la intuición del juez basta para todo, tanto para escoger la regla aplicable como para evaluar los hechos y adaptarles el dispositivo del caso, debe ser combatida con firmeza. En su variante más perversa, esta doctrina presenta la motivación del juicio como un raciocinio ficticio que lanzaría un velo de legalidad sobre una decisión cuya única fuente sería la conciencia, el sentido de justicia o de equidad del magistrado.

La racionalidad del proceso decisorio está basada normalmente en la aplicación de la ley (norma general) al caso concreto. Aunque este modelo pueda considerarse como el

procedimiento general de una decisión en justicia (y es bastante legítimo pensar que las cosas no ocurren de esa manera), no se puede ignorar el hecho de que, en situaciones que envuelven conflictos sociales, por ejemplo (¡y cuáles situaciones no lo hacen!), el juez comúnmente observa en primer lugar a quién desea darle la razón, para en seguida buscar la norma que justifique su decisión. En ese contexto, la certeza jurídica acaba siendo siempre relativa, lo cual pone en riesgo la seguridad jurídica, uno de los pilares del derecho positivo. Se justifican, por tanto, algunos procedimientos que buscan uniformizar las decisiones de los órganos judiciales.

En nombre de la certeza jurídica, y considerando la necesidad de descongestionar el sistema disminuyendo el número de recursos que llegan a los tribunales superiores basados en el mismo argumento, la propuesta de reforma del poder judicial en curso contempla la institución del efecto vinculante para las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

El Supremo Tribunal Federal (STF) tiene en Brasil una doble función: actúa como corte constitucional y como cabeza del poder judicial brasileiro. Es al mismo tiempo órgano político y órgano judicial, integrado por ministros de “notable saber jurídico” e “intachable reputación”, nombrados por el presidente de la república con la aprobación del Senado Federal. En estas condiciones, el Supremo Tribunal Federal tiene competencia originaria para decidir sobre las acciones directas de inconstitucionalidad y las acciones declaratorias de constitucionalidad (el llamado control abstracto de constitucionalidad), además de la competencia por vía de recursos en los casos en que las cuestiones relativas a la constitucionalidad de la ley federal o estatal sean tratadas por vía de incidente (el control concreto).

El espectro de los asuntos sometidos a este tribunal es bastante amplio, pues como corte constitucional, y sin un juicio de competencia riguroso, cualquier asunto puede ser objeto de examen del STF (el sistema hace posible que virtualmente todos los asuntos sean examinados en su constitucionalidad, y la legislación no le permite realizar un juicio estricto de competencia sobre las causas que considera relevantes para decidir). Su doble función en el sistema constitucional brasileiro afecta de alguna forma su autonomía, ya que no es posible distinguir su actuación técnica, neutra, de su actuación política, sobre todo cuando en muchos de los asuntos que llegan a su conocimiento, el poder público es una parte interesada.

La explicación para la composición y las modalidades de nombramiento de sus miembros se basa en dos tipos de argumentos: por un lado, la exigencia de un sistema eficiente de *checks and balances*, sin el cual la tesis de la separación de poderes estaría comprometida; por el otro, la naturaleza política de las actividades del Supremo Tribunal Federal. En ese sentido, el nombramiento de sus magistrados por el presidente, tras la aprobación del Senado Federal, constituye un freno a estos poderes con respecto al poder judicial, que en contrapartida ejercerá el control de constitu-

cionalidad. En lo que tiene que ver con la naturaleza de sus actividades, se afirma en que dado que es una corte eminentemente constitucional, su función termina siendo a todas luces política.

Así, no parece exagerado afirmar que el STF decide en última instancia sobre todo asunto de naturaleza constitucional. Con todo esto, su composición indiscutiblemente política<sup>6</sup> afecta sin duda la independencia del poder judicial. Ejemplos recientes de la historia brasilera confirman plenamente esta tesis. De hecho, durante los gobiernos de los presidentes Fernando Collor de Mello, Itamar Franco y Fernando Henrique Cardoso (de 1990 a nuestros días), todos los nuevos ministros nombrados habían participado o hacían parte de la alta cúpula de gobierno, ya sea como ministros de Estado (generalmente de Justicia), asesores directos del presidente y abogado general de la Unión, o eran amigos personales de los presidentes del momento. Como se observa, su competencia, naturaleza y composición lo colocan a una corta distancia del gobierno, sujeto a las ingerencias directas de los poderes ejecutivo y legislativo que, a fin de cuentas, tienen el poder de recomendar a alguien para que haga parte de éste, coronando así para el funcionario una carrera política que no necesita ser legitimada por sus colegas.

En este orden de cosas se integra la propuesta del efecto vinculante, destinada justamente a las decisiones del Supremo Tribunal Federal bajo la forma de un control concreto y abstracto de constitucionalidad. En esta propuesta, el parágrafo 2° del artículo 102 de la Constitución Federal, pasa a tener la siguiente forma:

§2 – Las decisiones definitivas de mérito proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad, serán eficaces y tendrán efecto vinculante, en relación con los demás órganos del poder judicial y con la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal.

La decisión impone en la práctica la observancia, por parte de los miembros del poder judicial, de las decisiones tomadas bajo la forma del control abstracto de constitucionalidad. En otras palabras, se obliga a todos sus miembros, y a la administración pública, a adoptar la tesis jurídica emitida por el Supremo Tribunal Judicial en las acciones que le son sometidas.

Más allá del control abstracto de constitucionalidad, la propuesta de reforma del poder judicial pretende dar un efecto vinculante a las decisiones del STF toma-

---

<sup>6</sup> Aunque este órgano esté compuesto por once magistrados vitalicios, la jubilación forzosa se da a los 70 años, de tal forma que durante su mandato el presidente puede tener el tiempo suficiente para alterar según su voluntad la composición de este órgano.



das bajo el control concreto, en los casos en los que la cuestión constitucional es debatida por vía de incidente. Para estas situaciones se ha propuesto la creación del artículo 103-A, redactado de la siguiente forma:

Art. 103-A: El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o por solicitud, mediante decisión de los dos tercios de sus miembros y tras reiteradas decisiones sobre la materia en cuestión, aprobar una providencia que, a partir de su publicación en el diario oficial, tendrá efecto vinculante para los demás órganos del poder judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o anulación en la forma establecida por la ley.

Este artículo prevé, en su párrafo tercero, la anulación del acto administrativo y la revocación de la decisión judicial que pueda contrariar la providencia aplicable o que la aplique indebidamente.

Los mecanismos de la propuesta de enmienda constitucional de la reforma del poder judicial (PEC n° 29/2000 – Senado Federal) buscan aliviar la demanda cuantitativa de recursos existentes en el Supremo Tribunal Federal a la espera de ser resueltos. Estos mecanismos buscan igualmente garantizar una unidad de decisión entre los diferentes órganos del poder judicial, medida ésta que pretende dar una mayor seguridad y previsibilidad al sistema de justicia.

Seguridad y previsibilidad son pues, junto con la eficiencia, adjetivos que deberían calificar la prestación jurisdiccional en Brasil. Documentos del Banco Mundial identifican el retardo en las decisiones y la incertidumbre, así como la respuesta ofrecida por el sistema, como factores que frenan las inversiones extranjeras en los países en vías de desarrollo.<sup>7</sup> El poder judicial costoso, ineficiente y moroso no puede llevar a la realización de la justicia y, por el contrario, amenaza el Estado de derecho.

Sin embargo, estos mecanismos buscan resolver la crisis a partir de sus consecuencias, sin mencionar sus causas reales. Se buscan soluciones “efectivas” que quitan legitimidad a la razón de ser del poder judicial, es decir, su carácter independiente. A lo largo de los últimos diez años, concientes del alarmante diagnóstico, surgieron numerosas propuestas que buscaban los mismos objetivos aparentes que la teoría del

---

<sup>7</sup> Los reportes del Banco Mundial (1997 a y b) evalúan el costo de una actuación morosa e ineficiente del poder judicial en un país, sobre todo para aquellos en los que esta entidad pretende invertir. Se trata de análisis que entienden la prestación jurisdiccional como un servicio público, sujeto a los mismos criterios de evaluación a los que éstos se someten. Aunque este análisis puede ser cuestionado, no se puede ignorar que sus índices han servido para cuantificar préstamos que se hacen a estos países, muchos de los cuales han recibido ayudas para reforzar su sistema judicial, siguiendo los parámetros establecidos por el Banco Mundial.

efecto vinculante, las cuales fueron rechazadas integralmente. Estas propuestas pretendían la proscripción de recursos meramente técnicos relativos a la prórroga, y pugaban por la construcción de decisiones ciertas en la medida en que estaban basadas en jurisprudencia legítimamente constituida al interior del poder judicial (a partir de una gran cantidad de decisiones afirmando el entendimiento consolidado por los tribunales superiores). Ejemplos de estas propuestas son la providencia impeditiva de recursos propuesta por la Orden de Abogados Brasileños (OAB), y la extinción de la revisión de las decisiones judiciales desfavorables al poder público dependiendo del recurso de juzgamiento de conveniencia por parte de sus procuradores, entre otras. Tales medidas, de ser aprobadas, tendrían el mismo alcance del efecto vinculante, alejando al mismo tiempo sus consecuencias perversas, que amenazan la independencia y la naturaleza del poder judicial brasileño.

Datos divulgados por este organismo (OAB) informan que 85% de los recursos actualmente a la espera de ser fallados por el STF, así como la casi totalidad de las acciones directas de inconstitucionalidad en curso, tienen como parte (actor, reo, asistente u oponente) al poder público. Frente a este panorama, no es difícil concluir que el poder público es la mayor amenaza para el judicial, que también es un poder público. La crisis, en últimas, es del Estado contra el Estado.

La solución del efecto vinculante, siguiendo un análisis metafórico bastante conocido en Brasil, consistirá en “poner en peligro el bebé con el agua con el que se le baña”. En otras palabras, esto quiere decir que al buscar resolver un problema menor (la descongestión del sistema y las decisiones contradictorias) se acaba causando un mal mayor que pone en entredicho uno de los pilares que sustentan el poder judicial. De hecho, el estudio del efecto vinculante exige que se consideren no sólo sus objetivos aparentes sino también los reales, enfocados hacia el control político-jurídico de los órganos del poder judicial (jueces de primera instancia, grupos y tribunales de segunda instancia, etc.) a partir de su cúpula, a quien le compete ante todo la salvaguarda de la Constitución.

En los últimos años, el Supremo Tribunal Federal se ha enfrentado a numerosas cuestiones constitucionales cuya decisión, aparentemente técnica, implica políticas gubernamentales que inciden en la vida pública, el índice de inflación, los derechos sociales, la confiscación de la economía y la corrección monetaria del Fondo de Garantías, entre otros. La toma de posición del STF en todos estos aspectos tiene la virtud de encauzar la actuación del Estado, pues están en juego sumas de dinero que involucran políticas presupuestales. Sin embargo, en muchos casos sus decisiones lo han colocado del lado del gobierno, legitimando la actuación de este poder, y desprotegiendo a los destinatarios de la jurisdicción. Muchas de sus decisiones han sido refutadas por jueces de instancias inferiores que en casos semejantes acaban decidiendo contrariamente a lo que dictan sus directrices, demostrando una independencia que no se observa en el STF.

Como se vio, el Supremo Tribunal Federal, dentro de la estructura burocrática del poder judicial brasileiro, corresponde al grado máximo de la carrera judicial. Ser magistrado del STF es un objetivo legítimo de muchos de los funcionarios de la rama, especialmente los magistrados de altas instancias. Entre tanto, su composición y el nombramiento de sus integrantes son, sobre todo, políticos, y en ellos no participan, al menos formalmente, los miembros del poder judicial, excluidos de las consultas y la elección de los magistrados de este Tribunal.

Entre todos los órganos jurisdiccionales en Brasil, el STF es tal vez el más dependiente de los otros dos poderes, pues no hay impedimento alguno para que alguien que no pertenezca al poder judicial venga a integrarlo. Su actuación política se confunde sin embargo con su naturaleza técnica, ya que él mismo representa igualmente la cúpula del poder judicial. En la práctica, esto significa que este último podrá ser conducido por personas nombradas por el presidente de la república (ejecutivo) con la aprobación del Senado Federal (legislativo) para ejercer el papel de jefe máximo de la rama. Bajo esta hipótesis, no es posible garantizar la independencia de sus actuaciones.

En consecuencia, no se puede tampoco asegurar la independencia interna de los miembros del poder judicial en relación con los otros órganos que lo conforman. Esto último, porque el efecto vinculante obligará a todos los miembros de la rama judicial a actuar de acuerdo con la tesis aceptada por el Supremo Tribunal Federal, so pena de revocación de la decisión judicial que resultara contraria a ésta. Aunque de hecho se pueda hablar de vinculación, teniendo en cuenta el alto valor persuasivo de las providencias dictadas por el Supremo Tribunal Federal y las ventajas de decidir en conformidad con las tesis por él fijadas, no es raro ver a un juez (un órgano independiente del poder judicial) decidir contrariamente a una providencia, haciéndolo en nombre de una independencia que le está asegurada por la Constitución. Esta independencia no se puede confundir con la irresponsabilidad, en la medida en que están amparadas por la ley o por la interpretación que se haga de ella.

No ocurre lo mismo con la decisión amparada por el efecto vinculante, cuya naturaleza subvierte las bases del poder judicial brasileiro, en tanto que sistema de *civil law* basado en la ley escrita. Se trata efectivamente de una perturbación, pues el sistema mismo está amparado en la ley y en el proceso decisorio que se presenta a partir de su aplicación, interpretación y, excepcionalmente, su construcción. La adopción de una providencia con efecto vinculante, obligatoria para todos los órganos del poder judicial, perjudica el principio del libre convencimiento del juez, obligándolo a seguir una construcción teórica que no siempre está asentada en la ley sino en una decisión del STF que resultará ser, ante todo, política. Además de ello, se legitima al STF a crear, por medio de providencias, reglas generales que no se diferencian de las leyes propiamente dichas (provenientes del poder legislativo).

Se ha pretendido fundar esta propuesta en el hecho de que el modelo norteamericano ha adoptado tal sistema. Sin embargo, este raciocinio no es válido, pues parte de la premisa de que providencia y precedente son instituciones semejantes. Se desconoce de esta forma el papel diferente que la ley ejerce en los sistemas de *common law* y *civil law*.

La verticalización del poder judicial, su apertura jerarquizada y su modelo burocrático de carrera, sumados al hecho de que el Supremo Tribunal Federal acumula las funciones de corte constitucional (órgano político) y corte de casación (órgano jurisdiccional) con sus miembros nombrados de manera vitalicia por el presidente de la república con el aval del Senado Federal, amenaza la independencia del poder judicial en dos dimensiones: en el ámbito de la independencia interna, porque los jueces de instancias inferiores estarán obligados a seguir la tesis del STF, probablemente el órgano menos independiente de los tres poderes estatales. Y en lo relativo a la independencia institucional del poder judicial en relación con los demás poderes, pues habrá una tesis jurídica formulada por el órgano máximo de este poder, formado por personas de confianza del presidente de la república y del Senado, la cual será impuesta a todos los miembros del poder judicial sin que se pueda cuestionarla, si se tiene en cuenta que la decisión contraria a la providencia vinculante podrá ser anulada por el propio poder judicial.

## **EL CONTROL EXTERNO Y LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL**

La propuesta de enmienda constitucional de la reforma del poder judicial contempla también la creación del Consejo Nacional de Justicia, órgano encargado de controlar, entre otras, la actuación administrativa y financiera del poder judicial, así como de velar por el cumplimiento de las funciones de los jueces y demás auxiliares de justicia. Esta propuesta prevé igualmente la creación, por parte de los Estados, de una auditoría para recibir y conocer todos los reclamos relativos a la actuación de los miembros de la rama judicial, a la que se suma la creación del Consejo Nacional del Ministerio Público, cuya actividad estaría orientada hacia el seguimiento de las actividades del Ministerio Público.

Tales propuestas buscan atender una demanda creciente de la sociedad, que señala al poder judicial como el más cerrado, desconocido, intangible y probablemente la más antidemocrática de las tres ramas del Estado brasileiro. Estos órganos tienen como función principal asegurar la transparencia de la actuación del poder judicial, y aproximarlos a la población, la cual desconfía de él porque no lo conoce suficientemente ni sabe cómo se debe reclamar ante su actuación.

En última instancia, se busca superar la crisis de legitimidad que persigue al poder judicial. Esta crisis se refleja en factores tales como: la inadecuada formación de los

funcionarios judiciales, consecuencia de un proceso de selección formal, autoritario y esencialmente legalista; la ausencia de control externo sobre su actuación; las posibilidades y los límites de la creación del derecho por parte de los magistrados; la saturación y cuestionable calidad de los cursos de actualización jurídica en el país, entre otros.

A estos factores se agregan otros que han aparecido recientemente y que vienen minando la confianza que parte de la población deposita aún en el poder judicial. Numerosas denuncias de desvíos de dineros públicos por parte de los magistrados, venta de decisiones judiciales, nexos de algunos jueces con el crimen organizado en algunas regiones del país, denuncias de nepotismo, etc., han sido reportadas por la prensa brasilera en los últimos años.

Por otro lado, se suman eventos violentos como el asesinato, en Río de Janeiro en 2002, de un periodista capturado en una favela en ejercicio de sus actividades; la muerte en Minas Gerais a finales del mismo año de un promotor público (fiscal) que investigaba la mafia de los combustibles adulterados en este Estado; el asesinato en São Paulo y en Espírito Santo, en 2003, de dos jueces por razones que todavía no han sido esclarecidas, aunque probablemente estén ligadas a su tentativa por reprimir el crimen organizado. Todos estos hechos colocan a la población frente a un delicado dilema. Por un lado, ésta desconfía de la actuación regular de la justicia cuando ve que sus miembros están envueltos en actividades ilícitas. Por el otro, la población civil no cree que la justicia sea capaz de protegerla, pues ella no logra ni siquiera garantizar la vida de sus propios integrantes.

La administración de justicia, por principio, no comenta tales hechos. Tal vez por tratarse del poder menos conocido, ha aparecido como el culpable de los numerosos males que aquejan al país. Cuando, por ejemplo, un criminal es liberado en cumplimiento de las condiciones legales, tanto la prensa como la población no ven al poder judicial como un defensor de los derechos individuales sino como la fuerza que amenaza la sociedad al proteger el derecho de los "bandidos". No se cuestiona la ley sino que se critica a los jueces por haber actuado de acuerdo con lo que ella preceptúa. Un poder judicial más transparente podría superar tales obstáculos, pero lo cierto es que la justicia ha preferido no manifestarse al respecto.

De todas formas, la propuesta de creación de órganos de control está relacionada con la necesidad de aproximación entre el poder judicial y la sociedad. La tarea es difícil pues, como afirma la profesora María Terese Sadek, "el poder judicial, independientemente del país y de su forma de gobierno –presidencialismo o parlamentarismo– es una institución mucho más homogénea y cohesionada que las demás. Sus miembros tienden a manifestar comportamientos menos sensibles a la presión pública y, en consecuencia, son más cerrados al debate" (2002: 36).

Pero más allá de estas dificultades, la ventaja radica en que las discusiones sobre el asunto ya se han iniciado. Hubo numerosas propuestas presentadas hasta lle-

gar al modelo votado, que probablemente no será el definitivo. Por un lado, con las auditorías se pretende crear un canal entre la población, insatisfecha con el desempeño de los funcionarios, y la rama judicial. Por el otro, con la creación del Consejo se busca atender a una demanda creciente de los poderes ejecutivo y legislativo, que reclaman una mayor transparencia del poder judicial en sus decisiones administrativas, en sus propuestas presupuestales, en la manera de proveer los cargos, entre otras. Estos dos poderes argumentan que no hay mecanismos eficientes de control de la actuación funcional y administrativa del poder judicial, que es en últimas el poder más hermético y menos vigilado de la república.

Las garantías de independencia funcional e institucional concebidas por el constituyente para proteger la independencia del poder judicial han amenazado paradójicamente su legitimidad, ya que no hay duda de que la máxima de Maquiavelo según la cual “quien detenta el poder tiende a abusar de él”, es también válida en este caso. El sistema de freno y contrapesos no es eficiente, pues el poder en mención se ha mostrado, sobre esta situación en particular, insensible a las demandas de la sociedad en ese sentido.

En ese contexto, la propuesta del Consejo Nacional del Justicia debería haber sido bien recibida, pero no ocurrió así. En realidad, se pretendía inicialmente la constitución de un órgano formado mayoritariamente por integrantes del legislativo y el ejecutivo, que pudieran evaluar efectivamente la actividad del poder judicial. Sin embargo, la reacción fue enorme. Los magistrados argumentan que tal control podría interferir en la independencia funcional del poder judicial, que dejaría de tener libertad para decidir y juzgar sin verse confrontado a presiones externas, toda vez que por encima de su autonomía habría un órgano capaz de controlar administrativamente y, por qué no, funcionalmente, la actuación del poder judicial.

Ante este *impasse* se modificó la composición del Consejo, el cual estará compuesto por 15 miembros, nueve de los cuales serán integrantes del poder judicial, dos del Ministerio Público, dos abogados y dos ciudadanos de notables conocimientos jurídicos nombrados por la Cámara de Diputados y por el Senado Federal. Esta composición amenaza desde el inicio no solo el control sino la propia supervisión de las actividades del poder judicial. De ser mantenida esta propuesta, cabría preguntarse entonces: ¿quién controla a los controladores?

La composición del Consejo no es reprochada únicamente por integrantes de la sociedad civil organizada o por los otros dos poderes. Hay incluso funcionarios del propio poder judicial que la critican por tratarse, según ellos, de un consejo elitista (de los nueve integrantes del poder judicial, apenas tres son jueces de primera instancia), excluyente (la mayoría de sus integrantes provienen del propio poder judicial), y compuesto por miembros que serán nombrados (de nuevo) por el presidente de la república con la aprobación del Senado Federal. Curiosamente, desde el punto de vista

de sus integrantes, el Consejo reproduce en parte el mismo problema del Supremo Tribunal Federal. Por un lado, deberá ejercer el control de la actuación administrativa y financiera del poder judicial, y por otro, su composición será definida por el ejecutivo y el legislativo. Se desconfía así que el control administrativo interno (las denuncias de desvío de dineros públicos, el nepotismo, la venta de sentencias, etc.) resulte neutralizado por los intereses corporativos que lo unen. Igualmente, se argumenta que los integrantes del Consejo no tendrán la independencia necesaria para redefinir las formas de actuación en caso de presentarse un conflicto con el poder público.

Se critica al Consejo porque no será capaz de aproximar los jueces de la sociedad. Se estima también que la ausencia de integrantes de otros poderes impedirá un control administrativo efectivo sobre las disfunciones del poder judicial. En síntesis, el Consejo no será capaz de hacer que la rama judicial sea más accesible y transparente, condiciones éstas que son esenciales para su legitimidad.

## **CONSIDERACIONES FINALES**

El equilibrio entre independencia y control no es fácil; las fórmulas propuestas no parecen suficientemente fuertes para llevarlo a cabo. De todas maneras, es necesario favorecer una práctica que garantice tal equilibrio so pena de atentar contra la legitimidad del poder judicial, sin el cual el Estado democrático está amenazado.

La independencia del poder judicial consagrada en la Constitución brasilera es una conquista. Entre tanto, debe ser comprendida siempre en el interés de los destinatarios de la justicia, impidiendo que bajo su manto se escondan relaciones imperfectas entre derecho y política, así como las actuaciones oscuras de sus miembros.

La organización burocrática del poder judicial, la forma de estructuración de la carrera judicial y la doble función que el Supremo Tribunal Federal ejerce en Brasil hacen aún más difícil el ejercicio de la plena independencia de este poder. La propuesta de efecto vinculante de las decisiones del STF, de ser aprobada, colocará en duda la legitimidad del poder judicial. Por un lado, porque su composición y sistema de nombramiento facilitan la injerencia de los otros poderes en la órbita del poder judicial, y por el otro, porque esta medida obligará a los magistrados de todos los niveles a actuar de conformidad con las decisiones no siempre independientes del STF, atentando también contra la independencia interna, funcional, de los magistrados.

La creación del Consejo Nacional de Justicia tampoco aproximará el poder judicial a la sociedad. La forma de control interno actualmente en vigor es inadecuada, y es por esta razón que se pretende un control externo. La composición del Consejo parece sin embargo querer legitimar solamente la actuación de los miembros del poder judicial. Al paso que asegura proteger su independencia, éste poder se niega a ser controlado, y en ese contexto acaba por amenazar su propia función.

Es necesario fortalecer la sociedad y concienciarla para que participe en las cuestiones que atañen a la administración de justicia. Un poder distante de la sociedad es un poder en constante amenaza, y la autonomía asegurada por la Constitución al poder judicial de nada servirá si la sociedad no ve en este poder la garantía de sus derechos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Rosalina Corrêa de (2000), *O Estado e o poder judiciário no Brasil*, Rio de Janeiro, Luman Juris.
- BANCO MUNDIAL (1997 a), "Reforma judicial en América Latina y el Caribe", en documento técnico del Banco Mundial, No. 280S.
- (1997 b), "El sector judicial en América Latina: elementos de la reforma", en documento técnico del Banco Mundial, No. 319S.
- BARBOSA, Claudia Maria (1999), "Crise do poder judiciário: diagnóstico a partir das categorias função e legitimidade e propostas para uma reforma do poder judiciário no Brasil". Doutorado em Direito. Exame de qualificação aprovado. Florianópolis: UFSC.
- (2002), "Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil", tese, Doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- DALLARI, Dalmo de Abreu (1998), "A hora do judiciário", en *A reforma do poder judiciário*, Curitiba, Juruá.
- FARIA, José Eduardo (1997), *Direito e justiça: a função social do judiciário*, São Paulo, Ática.
- GOMES, Luiz Flávio (1994), "Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional", en Salvio de Texeira (Coord), *Judiciário e a constituição*, São Paulo, Saraiva
- KOERNER, Andrei (1998), *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*, São Paulo, Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de (1993), *O espírito das leis*, São Paulo, Martins Fontes.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal (1997), *Esboço de proposta de emenda à constituição para reforma do poder judiciário*, Brasília.
- PRESSBURGER, T. Miguel (1996), *Apontamentos sobre a (dis)função e o (des) funcionamento do judiciário*, Rio de Janeiro, inédito.
- RIGAUX, François (2000), *A lei dos juízes*, São Paulo, Martins Fontes.
- ROCHA, José de Albuquerque (1995), *Estudos sobre o poder judiciário*, São Paulo, Malheiros.



- ROTH, André-Noel (1996), "O direito em crise: fim do Estado moderno", en *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo, Malheiros
- SADEK, Maria Terese y Rogério Bastos ARANTES (1998), "A crise do judiciário e a visão dos juízes", en *Revista USP*.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1997), "Introdução à sociologia da administração da justiça", en *Direito e justiça: a função social do judiciário*,
- SILVEIRA, Nery da (1994), "Aspectos institucionais e estruturais do poder judiciário brasileiro", en Salvio de Texeira (Coord), *O Judiciário e a constituição*, São Paulo, Saraiva.
- SCHWARTZ, Stuart (1979), *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*, São Paulo, Perspectiva.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1975), *Reforma do poder judiciário: diagnóstico*, Brasília.
- VAN DER KERCHOVE, Michel y François OST (1988), *Le système juridique entre ordre e désordre*, Paris, Presses Universitaires de France.
- WOLKMER, Antônio Carlos (1999), *História do direito no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense.
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl (1995), *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, São Paulo, Revista dos Tribunais.