

CAPÍTULO PRIMERO

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La igualdad es la base de las democracias. No es posible pensar contemporáneamente en un régimen político que no sea igualitario. A menudo, la configuración igualitaria no traspasa el diseño normativo, lo que falsea la caracterización del sistema.

Las Constituciones presentes conllevan una concepción de la democracia, con contornos únicos, profundamente marcadas por las ideas de libertad e igualdad, por la soberanía popular y el pluralismo político. No descuidan del ideal republicano,⁴ de la noción de interés público y de la responsabilidad de los ciudadanos en las decisiones políticas, tomadas directamente o por la actuación de los representantes.

Desde sus diseños constitucionales, se pueden combinar en el reconocimiento de las democracias más ambiciosas, las nociones de Ronald Dworkin y Carlos Santiago Nino. Para Dworkin,⁵ la democracia requiere, en primer lugar, tratar a los ciudadanos con igual respeto y consideración y la posibilidad de que cada uno tenga sus propios juicios de moralidad personal. La democracia implica una acción colectiva que no se debe confundir con acciones individuales, sino que requiere la conciencia individual de pertenencia al grupo, a quien se le imputa la acción.⁶ Por lo tanto, las decisiones del grupo no se forman a partir de la lectura de cada ciudadano, de sus deseos y preferencias, de la faceta colectiva de sus intereses, es decir, de su dimensión pública, conectada a su condición de miembro de la colectividad; no de un individuo aislado y singularmente considerado.

⁴ Se entiende aquí el ideal republicano no como señal de un régimen de gobierno, como contrapuesto a la monarquía. Se trata de la visión del neorepublicanismo, que se relaciona con la exigencia de una virtud cívica.

⁵ Dworkin, Ronald, *Liberalismo, Constitución y democracia*, trad. de Julio Montero y Alfredo Stolarz, Buenos Aires, La isla de la luna, 2003, [1980-1990].

⁶ Dicha comprensión se ajusta a la noción de ciudadano de Clèmerson Merlin Clève, no como aquél que puede votar y ser votado, sino como el “*sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve*”, que es activo, “reivindicante”, (Clève, Clèmerson Merlin, *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*, São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 16.

Conforme explica Daniel Wunder Hachem,

os interesses dos cidadãos expressam-se mediante duas dimensões: (i) uma particular, que corresponde às conveniências exclusivamente pessoais do indivíduo, singularmente considerado (v.g., interesse de não ter o seu imóvel expropriado); (ii) uma pública, representada pelo interesse do indivíduo considerado como membro da coletividade maior na qual está inserido (v.g., interesse do mesmo indivíduo de que exista o instituto da desapropriação, e de que ele seja utilizado quando necessário).⁷

Esta lectura es muy adecuada para la democracia constitucional brasileña. Los valores de la igualdad y la libertad, con los principios normativos y las normas constitucionales que los concretan, demuestran dicha idea. No existe un plan de vida bueno, adoptado por el Estado, que excluya los proyectos personales de vida, imponiendo una visión perfeccionista de la sociedad y del ciudadano. Al mismo tiempo, de manera complementaria, la Constitución refleja un contenido republicano, que parte de una comunidad de personas que comparten el mismo pasado y el mismo destino y, por lo tanto, exige la solidaridad y la responsabilidad colectiva para las decisiones. Es decir, la Constitución no tiene una concepción axiológica totalizadora, pero incluye un proyecto para cambiar la realidad.⁸

Para Emerson Gabardo, dicho proyecto contiene una propuesta de felicidad para todos los seres humanos. La felicidad, fundamento político del Estado y finalidad característica del Estado social contemporáneo, debe ser objetivamente considerada.

A dicha idea puede ser añadida la concepción deliberativa de la democracia epistémica de Carlos Santiago Nino,⁹ también coherente con el texto constitucional. La justificación moral de la democracia reside en su capacidad de transformar los intereses de la gente de una manera moralmente aceptable, entendiendo la deliberación colectiva como un proceso capaz de alterar los intereses individuales.¹⁰ Dicha configuración democrá-

⁷ Hachem, Daniel Wunder, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 156.

⁸ Gabardo, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

⁹ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996.

¹⁰ De ahí proviene su énfasis en el carácter epistémico de la democracia. En Nino, “la democracia tendría un valor intrínseco no por lo que es, sino por lo que permite conocer” (Greppi, Andrea, “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino”, en Rosenkrantz, Carlos y Vigo, Rodolfo L. (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Mexico, Fontamara, 2008,

tica requiere que todas las partes participen en la discusión y decisión, de una forma bastante igualitaria y sin coacción, y puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga un tamaño adecuado para maximizar la probabilidad de un resultado correcto; que las mayorías y las minorías se formen a cada asunto discutido y ninguna minoría permanezca aislada; y los individuos no estén sujetos a emociones extraordinarias.¹¹

Nino confía en el carácter moral de la democracia, a partir de contenidos morales y de procedimientos deliberativos que también se configuran como morales.¹² Tanto Nino como Dworkin alejan del alcance de las mayorías democráticas parte del conjunto normativo de rango superior.

Para la concepción democrática compartida, la participación directa de las personas en la toma de decisiones políticas es obligatoria siempre que sea posible, para minimizar la distorsión de la representación y los hiatos en el proceso de deliberación.¹³ Pero no se ignora que los dos componentes principales de la democracia contemporánea son los partidos políticos y las elecciones periódicas.¹⁴

La democracia, señalan Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo y Fabiano Santos, “supõe um poder responsivo ao interesse público (dimensão da responsiveness) e um poder que é exercido em público e, por consequência, passível de controle público (dimensão da accountability)”. Para los autores, tres son los atributos del orden democrático: estabilidad, *accountability* y representatividad.¹⁵

El derecho y la política están estrechamente relacionados con la moral, no sólo en la aplicación de las reglas desde la construcción de proposiciones

pp. 229-259, p. 242). Dicho entendimiento de la democracia aleja la afirmación de Herbert L. A. Hart de que las reglas o principios jurídicos cuyo contenido sea moralmente ínicuo puedan ser válidos (Hart, Herbert L. A., “Pós-escrito”, *O conceito de Direito*. 4a. ed., trad de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], pp. 299-339, en especial p. 331).

¹¹ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 180.

¹² Roberto Gargarella defiende la democracia deliberativa, afirmando que ella impone el tratamiento de todos con igual consideración y así favorece la toma de decisiones imparciales, valorando el proceso que antecede la decisión (Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 157 y 158).

¹³ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

¹⁴ Abal Medina, Juan, *La muerte y la resurrección de la representación política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 14.

¹⁵ Anastasia, Fátima *et al.*, *Governabilidade e representação política na América do Sul*, São Paulo, da Unesp, 2004, pp. 11 y 15.

para un razonamiento justificativo,¹⁶ sino también en la determinación del contenido del derecho del Estado, pues la justificación de la Constitución depende de que su contenido exprese los principios morales.¹⁷

La democracia no aniquila el espacio de la autonomía individual. Al revés, lo garantiza, para permitir que los ciudadanos puedan expresarse democráticamente en el debate político y exponer, o no, sus convicciones personales acerca de cuál debe ser el contenido de la ley y de la acción del Estado. La exigencia de la responsabilidad por las decisiones tomadas por la sociedad no es una ofensa a la autonomía: es parte del ideal republicano, de la acción colectiva común.

La concepción democrática tampoco abraza a todas las opciones y posibilidades individuales. Existen, por lo tanto, cuestiones que no son —y no pueden ser— puestas bajo el debate democrático. Existen temas que la deliberación democrática no puede tocar porque están más allá del ámbito de la determinación colectiva.

Las prácticas democráticas no garantizan por sí mismas la legitimidad de las decisiones políticas. La decisión no se legitima sólo por el procedimiento legítimo, aunque la atención sobre el método democrático de toma de decisiones políticas es esencial. Las personas, no obstante vinculadas a un ordenamiento jurídico, preservan sus libertades y garantías, una esfera de elección, cuyo contenido y alcance no están sujetos a la deliberación, cuya protección e inviolabilidad son ajenas a las mayorías democráticas.

Así también se configuran las decisiones políticas estructurales en la constitución de un Estado democrático. Dichas disposiciones constitucionales estructurales que establecen de forma democrática y con contenido democrático la organización del Estado y de los órganos de soberanía, la labor estatal, el estatuto de los derechos y garantías, y los principios de la competencia democrática, garantizan y fortalecen la democracia. Deben ser protegidas de las mayorías eventuales, pues son compartidas por los miembros de la sociedad y evidencian los ideales comunes.¹⁸

Dicha noción permite combinar los tres elementos del constitucionalismo en un sistema de apoyos recíprocos. El proceso democrático, el respeto a los derechos individuales y la preservación de la práctica jurídica no se encuentran en tensión, sino que se complementan y se fortalecen: un debate moral, base del proceso democrático, presupone la autonomía, la inviola-

¹⁶ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 87-100.

¹⁷ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, *cit.*, pp. 44 y 45.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 45, 51 y 64.

bilidad y la dignidad, y genera una densa constitución ideal de derechos, lo que permite maximizar el valor epistémico de la democracia; así como la protección a la práctica constitucional garantiza la eficacia de las decisiones democráticas y asegura los derechos reconocidos por dicha práctica y por las decisiones; y la discusión colectiva y el respeto a los derechos generan un consenso que promueve la práctica constitucional.¹⁹

La propia Constitución combina dichos elementos, lo que permite, y en cierta medida impele un constitucionalismo así concebido. Las condiciones normativas ya están puestas en la Constitución. Si esto todavía no encuentra eco en la realidad, es por la falta de identificación del autor con su obra, del pueblo con su Constitución, y la mala percepción de la función normativa del texto constitucional.

Para Manuel Aragón, el principio democrático actúa como principio material y como principio estructurante: la democracia material es complementada con la democracia procedimental. Para el autor, es el principio más fundamental de todos,²⁰ y es, al mismo tiempo, un principio sobre la Constitución (que “juridifica” la democracia y exige procedimientos democráticos para su alteración), un principio jurídico de la Constitución (que “juridifica” el poder constituyente y la soberanía popular, con connotación procedimental) y un principio jurídico en la Constitución (donde actúa como principio de legitimidad, de carácter material —en relación con los derechos fundamentales— y estructural —cuando se refiere a la división de los poderes, a la composición y elección de los órganos representativos—, revelándose soporte de la validez de la Constitución, núcleo de comprensión del texto constitucional y directriz del ordenamiento jurídico).²¹

Aragón sigue afirmando tres áreas de la eficacia jurídica del principio democrático: el principio actúa como un vector en la concreción de la Cons-

¹⁹ *Ibidem*, pp. 296-303. Así también para Ronald Dworkin, que ve en su concepción “*comunal*” de democracia la armonía entre la exclusión de determinadas materias de la arena política y la democracia (Dworkin, Ronald, *Liberalismo, Constitución...*, cit., p. 78).

²⁰ Según Carlos Ayres Britto, el principio de la democracia es un megaprincipio, el valor de los valores, el valor-síntesis de la Constitución (Britto, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*, Río de Janeiro, Forense, 2003, pp. 181 - 186).

²¹ Aragón, Manuel, “La eficacia jurídica del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año. 8, vol. 24, septiembre-diciembre, 1985, pp. 9-45, pp. 29-31. El autor resalta la imbricación entre forma y contenido democráticos, la dimensión instrumental y la dimensión substantiva de la democracia: “la dimensión material de la democracia incluye, inexorablemente, a los dos valores materiales que la Constitución proclama (libertad e igualdad), sin cuya realización (siempre inacabada y siempre en tensión, pero que siempre también ha de ser «pretendida») no alcanzan efectividad las garantías procedimentales u organizativas, o si se quiere, la dimensión estructural de la democracia” (p. 32).

titudin y en la interpretaci3n de la ley, como un principio general-global; como principio general-sectorial, corolario del principio general-global, que tambi3n orienta la interpretaci3n y sirve como una raz3n para excluir las normas contrarias,²² y, en su aplicaci3n a organizaciones no p3blicas, como partidos pol3ticos y sindicatos, el principio se manifiesta en su dimensi3n estructural, pero no impone a los particulares su dimensi3n material.²³

Esta 3ltima noci3n es incompatible con una interpretaci3n m3s amplia de los principios estructurantes y fundamentales del orden constitucional. Los partidos pol3ticos, sindicatos u otras organizaciones privadas que cumplen en la funci3n p3blica no pueden eludir la observancia plena del contenido del principio democr3tico, a dichas asociaciones tambi3n se extiende la realizaci3n de los valores de la libertad y de la igualdad. Es la eficacia horizontal del principio democr3tico en su totalidad.

La lectura del principio democr3tico, considerado jur3dicamente, se identifica para Jorge Reis Novais, con la premisa mayoritaria (“legitima33o do t3tulo e exerc3cio do poder pol3tico a partir da livre escolha maiorit3ria do eleitorado”) y la de “parceria” (“a todos os cidad3os 3 dada a oportunidade de se constitu3rem em parceiros activos e iguais de um autogoverno colectivo”). Las premisas deben ser combinadas, de manera que ni siempre prevalezca la decisi3n de la mayor3a y que las posiciones m3s d3biles no sean simplemente opuestas a la mayor3a, pero que tengan garantizada su elecci3n de estilo de vida personal.²⁴

Se puede decir, con Reinhold Zippelius, que la extensi3n y la complejidad de un Estado conlleva la exigencia de la democracia representativa. La adopci3n de la representaci3n pol3tica tiene ventajas te3ricas, con ga3os en la capacidad de acci3n, racionalidad y capacidad de control, la cual se vive con fuertes elementos de 3lite olig3rquica.

Norberto Bobbio tambi3n realiza una lectura a favor de la democracia representativa. La democracia representativa ser3a una forma de institucionalizar el conflicto, permitiendo que las diferentes concepciones de la vida puedan participar en condiciones adecuadas de formaci3n de la voluntad pol3tica, sin el recurso plebiscitario a las elecciones entre s3 y no (que no im-

²² *Ibidem*, pp. 9-45 y p. 35. En ese punto, Manuel Arag3n se refiere a la sentencia n3m. 32/85 del Tribunal Constitucional Espa3ol, que, en su fundamento jur3dico 2, extrae del principio del pluralismo democr3tico la necesaria composici3n proporcional de las comisiones informativas municipales para el resguardo de los derechos de las minor3as, acentuando la posibilidad de la proyecci3n normativa de dicha dimensi3n del principio democr3tico por el Poder Legislativo y por el Poder Judicial.

²³ *Ibidem*, pp. 9-45 y pp. 33-36.

²⁴ Novais, Jorge Reis, *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, pp. 32-35.

plican responsabilidad de los ciudadanos, limitados en su elección que, ni siquiera necesita justificación, tampoco la responsabilidad de los dirigentes, que se basan en la “voz del pueblo”).²⁵

En la dirección opuesta, expresando una fuerte crítica a la democracia representativa e identificándola como un despotismo electivo, Paul Hirst sostiene que la participación del pueblo se limita a elegir aquéllos que él supone que decidirán en cierto sentido.²⁶

Antonio D’Atena contrasta con la realidad de la democracia contemporánea directa —necesariamente monosilábica— y los elementos de la responsabilidad así como los representantes de “enfriamiento” y “racionalización” de las decisiones a la opinión popular de que la democracia representativa es una democracia incompleta frente a las restricciones técnicas. La democracia representativa, así, no es pues un punto *minus*, más un *aliud*.²⁷

Una democracia representativa, de hecho, no permite una intervención real de la sociedad en la formulación de políticas. La elección, que forma parte de una visión democrática formal, le permite decidir quién decidirá, nada más.

I. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La instrumentalización de la ciudadanía y de la soberanía popular, en una democracia contemporánea, se hace por el instituto de la representación política. Y la “transformación” de la soberanía popular en representación, se realiza en gran parte por medio de la elección. Ese tema involucra ficciones y mitos, lo que conlleva tanto una insatisfacción social con su funcionamiento como críticas, con relación a su disciplina jurídica.

El pueblo de la soberanía “popular” es considerado como una unidad. No es identificado como una suma de individuos. Jurídica y constitucionalmente, la representación “personifica” al pueblo (y no a todos sus individuos). Además, no existe propiamente un “mandato”, ya que la función del representante es dada en los límites constitucionales y no es determinada por instrucciones o cláusulas establecidas entre él (o el conjunto de repre-

²⁵ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política: A filosofia política e a lição dos clássicos*, Río de Janeiro, Campus, 2000.

²⁶ Hirst, Paul, *A democracia representativa e seus limites*, trad. de Maria Luiz X. de A. Borges, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 1992, p. 34.

²⁷ D’atena, Antonio, “Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali”, en Mirandá, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 1996. vol. 1, pp. 437-456, y 441-444.

sentantes) y el electorado. Las condiciones para el ejercicio del mandato y, en el límite, su contenido, ya están determinadas en la Constitución y sólo en ella. Específicamente, ni siquiera es posible hablar en “representación”, pues no existe una voluntad preformada. No se “representa” a algo o a alguien definido ante otro. Lo que efectivamente existe es la construcción de una voluntad, limitada solamente por los contornos constitucionales.

En el pasaje de la soberanía del monarca para la soberanía popular o nacional, el soberano deja de ser reconocido por un orden preexistente, para pasar a ser aquél que establece el orden, que encarna el poder constituyente, “capaz de cancelar o pasado e inventar o futuro”.²⁸ A pesar de ello, resalta Maurizio Fioravanti, la comprensión de soberanía en el sentido moderno no se coaduna con una noción de poder absoluto, sea de quien sea su titularidad.²⁹

En este sentido, la expresión “soberanía popular” se reviste de un carácter más simbólico que real, pues presupone un sujeto colectivo capaz de expresar una voluntad unívoca. Un “pueblo”, una colectividad, que sea capaz de manifestarse sobre las decisiones políticas de manera inequívoca.

La soberanía popular como voluntad colectiva se muestra así cercada de nociones hipotéticas o ficciones jurídicas y políticas. Es una “mitología jurídica”,³⁰ y una de las más difíciles de morir.³¹ Sin embargo, es como un alejamiento de otras imposiciones, por lo menos las evidentes, cuando se considera el soberano como aquél “que decide cuál es la idea de derecho

²⁸ Costa, Pietro, “Elezioni, partecipazione, cittadinanza: un’introduzione storica”, *La cittadinanza elettorale. IX Convegno internazionale della S.I.S.E.*, Firenze, 2006, disponible en <http://ius.regione.toscana.it/elezioni/Documenti/IXConvegnoSISE/Costa.pdf>.

²⁹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 1995, p. 121. Para el autor, la soberanía pasa a ser entendida como soberanía estatal.

³⁰ Grossi, Paolo, *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Milán, Giuffrè, 2001, en Grossi, Paolo, “Il costituzionalismo moderno fra mito e storia”, *Giornale di Storia costituzionale*, storia, giustizia, costituzione, per i cinquant’anni della costituzionale, Macerata, núm. 11, 1 sem, 2006, pp. 25-52.

³¹ La representación política, la autonomía del sujeto, la soberanía popular, la autodeterminación democrática y la igualdad jurídica son mitos jurídicos, cristalizados por el constitucionalismo, “naturalizados” por la ciencia jurídica y divinizados por el positivismo historiográfico. Por la combinación de la concepción del progreso histórico y científico con la dignidad científica del derecho (y su consecuente y natural “neutralidad”) los institutos jurídicos del presente son presentados como ápice de un desenvolvimiento histórico de perfeccionamiento constante. Como acentúa Ricardo Marcelo Fonseca, la historiografía jurídica positivista cumple el papel de legitimadora del derecho presente. Se usa ese discurso para naturalizar determinados institutos jurídicos y legitimarlos por la tradición, sacralizándolos (Fonseca, Ricardo Marcelo, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 62 y 63).

válida en la colectividad”³² y se impide la imposición sin el consentimiento popular.

La exigencia del consentimiento para la sujeción a normas jurídicas enmarca la noción de libertad política.³³ Hans Kelsen señala la reacción contra la heteronomía como postulado de la democracia.³⁴ Para Bernard Manin, el

principio de que toda autoridad legítima procede del consentimiento general de aquellos sobre los que va ejercerse” es el lema de las tres revoluciones modernas. Los sistemas electivos permiten la reiteración constante de dicho consentimiento, a partir de la aceptación del método de selección y a cada elección, además de crear “en los votantes una sensación de obligación y compromiso hacia quienes han designado.”³⁵

El principio de la representación popular deriva de la noción moderna de igualdad. Para Maurice Duverger, sólo una elección puede permitir que un hombre pueda dirigir a los otros, y esa elección debe ser renovada periódicamente, “a fim de que os governantes não se sintam demasiado independentes dos governados e que a representação dos segundos pelos primeiros seja sempre mantida”.³⁶

³² Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de Ramón Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981 (1977), p. 46.

³³ Así es la comprensión de Georges Burdeau: “la liberté politique est la situation de l’individu qui n’est socialement assujéti qu’à sa volonté, c’est-à-dire, pratiquement, qui participe au gouvernement. Elle ne se définit plus, comme la liberté naturelle, par l’autonomie de la personne humaine, mais par la place et le rôle de l’individu dans le régime politique. Elle trouve son climat favorable dans la démocratie qui est le régime où la part des volontés individuelles est la plus grande dans la formation des décisions étatiques” (*Ibidem*, p. 18).

³⁴ Kelsen, Hans, *A democracia*, trad. de Ivone Castilho Benedetti *et al.*, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1955], p. 27. Se trata del artículo “Essência e valor da democracia”, publicado en 1920 y revisto en 1929.

³⁵ Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1998 [1995], pp. 108 y 110. Para Pierre Bourdieu, sin embargo, las condiciones de la democracia representativa ponen al ciudadano entre la “demição pela abstenção” y el “desapossamento pela delegação” (Bourdieu, Pierre, “A representação política. Elementos para uma teoria do campo político”, en *O poder simbólico*, 6a. ed., trad. de Fernando Tomaz, Río de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003, pp. 163-207, en español p. 163).

³⁶ Duverger, Maurice, *Os grandes sistemas políticos. Instituições Políticas e Direito Constitucional – I*, trad. de Fernando Ruivo y Fernando Augusto Ferreira Pinto, Coimbra, Almedina, 1985 [1980], p. 58. Acentúa Max Weber que una relación social se caracteriza por la representación cuando “la acción de un partícipe determinado se impute a los demás” (Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., trad. de José Medina Echavarría, *et al.*, Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922], p. 37).

La soberanía popular, los procedimientos electorales legitimadores,³⁷ el principio de la representación popular y de la participación, y los instrumentos de democracia directa³⁸ concretan el principio democrático y dan el contorno de su contenido.³⁹

La promesa de soberanía popular exige dirección y control del pueblo en relación con el ejercicio del poder político. Esto impone la publicidad de los programas y de la actuación de los partidos y de los representantes,⁴⁰ también para que el electorado haga su elección a partir del conocimiento de los “motivos, fins e consequências presumíveis das atividades e dos planos políticos”.⁴¹ Sólo de esa forma es posible, para Norberto Bobbio, afirmar que un régimen es democrático: el poder necesita ser ejercido en público.⁴²

Sin embargo, no es solamente la noción de voluntad colectiva que debe ser problematizada en la concepción de la soberanía popular. La segunda parte de la expresión, el “pueblo”,⁴³ también demanda atención. ¿Pero quién es este pueblo del radical del término democracia y del adjetivo soberanía?

Esta cuestión fue enfrentada por Friedrich Müller. El autor presenta cuatro conceptos de pueblo —pueblo activo, como instancia global de atribución de legitimidad, pueblo ícono y como destinatario de prestaciones civilizatorias del Estado— y defiende la utilización del término como “con-

³⁷ Para J. J. Gomes Canotilho, el sistema electoral es constitutivo del principio democrático y está vinculado a la reserva de Constitución (Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 300 y 301).

³⁸ Para Joaquín Herrera Flores, la imposibilidad de la democracia directa en una sociedad de masas no debe alejar la sociedad de la democracia, siendo posible pensar y realizar formas concretas de participación directa, como la descentralización de las decisiones, creación de espacios sociales de discusión de temas generales y aceptación de un pluralismo jurídico en la interpretación de las normas (Herrera Flores, Joaquín, “Democracia, Estado y derecho. Hacia un marco alternativo de estudios jurídicos”, *Teia Jurídica*, 2000, www.teiajuridica.com).

³⁹ Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, *cit.*, pp. 286-293.

⁴⁰ Para Zippelius, “o imperativo democrático de publicidade impele também no sentido de aperfeiçoamento ético da ação política – que frequentemente não passa, porém, de uma aparência de moralidade” (Zippelius, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, 3a. ed., trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994], p. 248).

⁴¹ *Ibidem*, p. 247.

⁴² Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política cit.*, Río de Janeiro, Campus, 2000, pp. 386 y ss.

⁴³ ... palavra semanticamente excessiva, «gorda» o suficiente para sofrer manipulações de toda ordem”, afirma Menelick de Carvalho Netto (Carvalho Netto, Menelick, “Racionalização do ordenamento jurídico e democracia”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 88, dez. 2003, pp. 81-108, p. 84).

cepto de combate”. La primera noción se relaciona con la autodeterminación; la segunda es la que legitima el ejercicio del poder político por representantes y por agentes públicos; la noción icónica se refiere al pueblo como una unidad homogénea que, como un sello, aprueba el ejercicio del poder; la cuarta indica aquéllos que son alcanzados por la acción estatal. El pueblo como concepto de combate impone una tarea para legitimar las constituciones llamadas democráticas para aproximar el término “pueblo” de los textos Constitucionales del pueblo activo, del pueblo como instancia global de atribución de legitimidad y del pueblo destinatario de prestaciones civilizatorias del Estado. Y la política constitucional debe dirigirse a aproximar el pueblo activo del pueblo como instancia de atribución.⁴⁴

Subraya Georges Burdeau que el pueblo de los regímenes políticos no es el pueblo como realidad sociológica. Critica la utilización de la figura pueblo-nación, pues permite solamente una democracia gobernada, donde la nación, formada por ciudadanos, que no son hombres reales, es “la encarnación estereotipada de la inmutable naturaleza humana”, que gobierna el pueblo. Para una democracia gobernante debe reflejarse el pueblo real, sin el desdoblamiento entre ciudadano y sujeto.⁴⁵

La noción de pueblo debe ser concreta, pues sólo ciudadanos reales forman la voluntad exigida por el principio democrático. Así, como la soberanía popular, que “pertenece a los ciudadanos existentes”. Sin embargo, la voluntad del electorado (manifestada por parte de los ciudadanos, que son parte del pueblo) corresponde jurídicamente a una decisión soberana de la soberanía popular.⁴⁶

⁴⁴ Müller, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 2a. ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo, Max Limonad, 2000. Carlos Frederico Marés denuncia la apropiación de la soberanía popular por el Estado, y “ao povo restaria o direito de ser indivíduo, cidadão e não coletividade organizada, com sentimento próprio e cultura conjunta” (Souza Filho, Carlos Frederico Marés de, “Soberania do povo, poder do Estado”, en Novaes, Aduino (org.), *A crise do Estado-nação*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, pp. 229-256, p. 239).

⁴⁵ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional...*, cit., p. 239 y 243. Para el autor, el ciudadano no es un individuo real, con sus defectos: “Es el hombre iluminado por la razón, hablando según los imperativos de esta razón común a todos y, por tanto, desembarazado de los prejuicios de clase y de las preocupaciones inherentes a su condición económica, capaz de opinar sobre la cosa pública sin estar dominado por su interés personal. En resumen, es una especie de santo laico que debe su calidad de miembro del soberano —la nación— a su desinterés” (p. 254).

⁴⁶ Baptista, Eduardo Correia, “A soberania popular em Direito Constitucional”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 199, vol. 1, pp. 481-513, en especial pp. 482, 492 y 502.

Giuseppe Duso afirma que el pueblo que hace la ley no es el pueblo que la obedece: no son un sujeto único. Lo primero se manifiesta como una unidad, lo segundo, como un conjunto de ciudadanos.⁴⁷

Tampoco el pueblo que elige sus representantes se confunde con el pueblo que es representado: en aquél hay una pluralidad de sujetos individualizados, pues el ejercicio de la ciudadanía es dado individualmente; en éste, la relación con el órgano representativo es dado colectivamente. De este modo, el pueblo como unidad se revela en el ideal de autogobierno y en el diseño representativo; el pueblo como conjunto de ciudadanos se muestra en la elección del cuerpo representativo y en la sumisión a la ley.

António Manuel Hespanha señala que las elecciones en el inicio del siglo XIX en Portugal, son indirectas y el derecho de voto está relacionado a la disposición de determinada renta o propiedad (voto censitario). Dicha separación se deriva de una comprensión que conecta riqueza y virtud —habría parsimonia y prudencia en aquél que sabe acumular bienes—. De esto resulta una credibilidad y también sensibilidad a los intereses públicos. Son éstos que eligen, entre ellos, los mejores para el ejercicio del gobierno. No existe “representación” propiamente dicha: las decisiones políticas deben ser guiadas por la razón y no por la voluntad.⁴⁸

El gobierno representativo, resalta Bernard Manin, es concebido, basado por el principio de distinción: los representantes son considerados superiores a aquéllos que los eligen, ya que su elección se debe a la reunión de cualidades no compartidas de manera igual, como la riqueza, el talento y la virtud.⁴⁹ Aunque esta concepción se relacione a los orígenes de la representación, la elección y sus exigencias financieras permiten afirmar la existencia, en los gobiernos democráticos actuales, de una aristocracia electiva.

⁴⁷ Duso, Giuseppe, *La rappresentanza politica, Genesi e crisi del concetto*, 2a. ed., Milán, Franco Angeli, 2003, p. 62.

⁴⁸ Hespanha, António Manuel, *O liberalismo do Estado liberal: o exemplo português do constitucionalismo monárquico (1800-1910 – confrontos com o Brasil)*, Curso da Escola de Altos Estudos -Capex, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito-UFPR, Curitiba, 16 de marzo a 5 de mayo de 2009.

⁴⁹ Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1998 [1995], p. 119. En las páginas siguientes el autor evidencia dicho entendimiento en la concepción de representación en Inglaterra, Francia y en los Estados Unidos. Roberto Gargarella señala dos concepciones que representan la filosofía dominante en los orígenes del sistema representativo: la existencia de “principios políticos verdaderos” más allá de la “ciudadanía común y la convicción de la actuación irracional de las mayorías” (Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 27 y 28).

La palabra representación, con sus varios significados, es objeto de un análisis conceptual por Hanna Pitkin. La autora subraya que el concepto de “seres humanos representando a otros seres humanos” tiene su origen en la modernidad, y señala las posibilidades de su comprensión formal, descriptiva, simbólica y como “actuación por”.⁵⁰

Dichas distinciones son trabajadas también por David Ryden. Para el autor, la representación formalista se relaciona con el conjunto de estructuras y mecanismos que permiten un gobierno representativo y el establecimiento de una relación de autoridad (formada por la autorización) y de *accountability* (una relación de responsabilidad). La elección es el mecanismo que garantiza formalmente la representación. En la “representación reflexiva”, como la denomina el autor, el representado se ve en el representante; es la visión del órgano representativo como miniatura de la sociedad, lo que exige un carácter deliberativo del cuerpo legislativo. Dicha representación, fuertemente simbólica, no tiene un origen racional, pero se caracteriza por una relación emocional y afectiva. La representación puede ser vista aún como una relación entre el legislador y el constituyente que permite que este exprese sus opiniones y preferencias en la formación de la voluntad del Estado. Finalmente, la representación en su carácter sustantivo se revela como una actividad de identificación y realización de preferencias.⁵¹

Bruce Ackerman apunta que la representación política fue pensada por los federalistas estadounidenses como una alternativa a una república idealizada bajo la base de la virtud pública. Instituciones representativas, señala el autor, permiten la coexistencia de distintos intereses económicos y religiosos en un régimen de libertad política.⁵² Bernard Manin indica, expresamente, la concepción de un sistema representativo como oposición a la democra-

⁵⁰ Pitkin, Hanna Fenichel, *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1967. Para la autora, Thomas Hobbes y los autores alemanes adeptos de la teoría orgánica tienen un concepto formalístico de representación; el concepto descriptivo es adoptado por Edmund Burke y por los proporcionalistas; la noción simbólica en su visión extremada forma la teoría fascista de representación; y la representación como “actuación por” no es asumida expresamente por ningún autor. Para un análisis del uso del término “representação” en el antiguo régimen, como “dando a ver uma coisa ausente” o como “exibição de uma presença”, que hace que “a identidade do ser não seja outra coisa senão a aparência da representação”, ver Chartier, Roger, *A história cultural: entre práticas e representações*, trad. de Maria Manuela Galhardo, Lisboa, Bertrand Brasil, Río de Janeiro, 1990, pp. 20 y ss.

⁵¹ Ryden, David K, *Representation in crisis. The Constitution, Interest Groups and Political Parties*, Albany, State University of New York Press, 1996, pp. 15-19.

⁵² Ackerman, Bruce, “¿Un neofederalismo?”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988] p. 189.

cia.⁵³ Gilberto Amado subraya una definición de democracia cuya esencia es la elección, por la masa, de los hombres más capaces para dirigir el país. Y, para el autor, la democracia falla cuando conlleva la representación por los mejores.⁵⁴ Los autores aquí parecen compartir una visión formalista de la representación, relacionándola con un conjunto de instituciones que autorizan determinados ciudadanos a ejercer el poder político en nombre de la colectividad y permiten, en mayor o menor grado, un control popular sobre la actuación del representante.

Roberto Gargarella señala el contexto histórico y social de las discusiones de los “padres fundadores” en la construcción del sistema representativo. El sentido del debate se fija en la elaboración de un sistema capaz de filtrar la voz de la mayoría, permitiendo su superposición por otros órganos, como el Senado (electo indirectamente, para imponer un freno a la “furia democrática”), el presidente (con su derecho de veto legislativo) y el Poder Judicial (formado por indicación, de miembros vitalicios —para quedaren lejos del pueblo— y dotado del control de constitucionalidad que después viene a tornarse en la última palabra). La idea es separar “la ciudadanía del ejercicio directo del poder”, ante la incapacidad de las mayorías de gobernar, y de su sumisión a pasiones, con la exclusión consciente y deliberada de mecanismos de control. La propuesta del autor es pensar en otra forma de ejercicio de la democracia o rever las opciones abandonadas en la formación del sistema.⁵⁵

En la contemporaneidad, la voluntad del pueblo —con todas las reservas que dicha expresión ocasiona— se revela preponderantemente por medio de la representación; aquélla que se refiere el Estado de derecho, pese llevar el mismo nombre y con él tenga una menor adherencia, no se confunde con la representación experimentada durante el periodo medieval. En aquel tiempo, el vínculo representativo reunía las características del instituto de derecho privado, en que la relación era delegatoria y los sujetos,

⁵³ Manin, Bernard, *Los principios...*, cit., p. 11.

⁵⁴ “Examine-se bem, e veja-se que se alguma coisa é responsável pelo desprestígio do sistema de representação, é essa traição das massas por inófia em alguns casos, países e momentos, por corrupção em outros, à sua missão. Não é no votar o povo livremente que consiste a democracia; a democracia consiste em votar inteligentemente. Por ter traído a inteligência, é que tem a democracia sido injustamente punida. Levanta ela às vezes na embriaguez do circo ídolos cascudos que a deitam por terra, humilhada e batida, sangrando no chão da arena” (Amado, Gilberto, *Eleição e representação*, Brasília, Senado Federal, 1999 [1931], p. 20).

⁵⁵ Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997, pp. 43, 47, 71, 73, 86 y 93-95.

la extensión y el contenido involucrados en ella estaban claramente establecidos.⁵⁶

Maurizio Fioravanti aduce que las asambleas representativas que surgen a partir del siglo XIII y que colaboran en la gestión del poder, no “representan” sujetos colectivos y no elaboran la ley, que es dada por la naturaleza de las cosas.⁵⁷ Por su vez, afirma Pietro Costa que, en la Edad Media, el soberano, más que crear el derecho, lo declara y lo conserva, y debe obedecer el orden natural de las cosas. La *majestas* imperial y el poder absoluto son, en realidad, limitados a la naturaleza y a un sistema de poder dado.⁵⁸

Además, resalta Javier Perez Royo, la representación preconstitucional (como denomina el autor) no es un instrumento de legitimación del poder: la legitimidad del monarca es anterior e independiente del mecanismo representativo.⁵⁹ La representación del rey o del príncipe se revela como la necesidad de tornar pública la autoridad, constituyéndola; el soberano, como la asamblea de antaño, no representa al pueblo, sino ante el pueblo, conforme piensa Jürgen Habermas.⁶⁰ Se trata de una representación simbólica.

Es necesario enmarcar la distinción, de manera indeleble. La representación política moderna no es un resultado de las experiencias anteriores de representación, tampoco de su “evolución”.⁶¹ La existencia de una

⁵⁶ Pedro de Vega resalta dicha característica, afirmando que el “representante se obligaba personalmente con sus propios bienes a reparar los perjuicios causados si sobrepasaba los límites del mandato, además de producirse, en ese caso, la revocación del mismo” (Vega, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, Madrid, núm. 44, marzo-abril, 1985, pp. 24-44, en especial p. 26).

⁵⁷ “Quando i rappresentanti dei ceti siedono insieme, accanto al signore, essi non rappresentano infatti alcun ‘popolo’, o alcuna ‘nazione’, per la buona ragione che in questi secoli non esiste affatto um soggetto collettivo di questo genere che in quanto tale possa volere, e chiedere, ed ottenere, di essere rappresentato. I rappresentanti dei ceti, inoltre, non pretendono di dire, insieme al signore, quale sia la legge del territorio; finché si rimane nella esperienza medievale, nessuno, né i primi, né il secondo, ha questo potere di definizione, poiché il diritto –come già abbiamo visto– è in sostanza jus involuntarium, che se impone nelle cose, e non è dunque voluto da alcun potere costituito” (Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 1995, p. 21).

⁵⁸ Costa, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Nápoles, Scientifica, 2006, p. 10.

⁵⁹ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 390. Bruno Accarini resalta todavía otra “representación” existente en la Edad Media, relacionada con la fe católica: el *corpus mysticum*, deja de referirse a la obra para significar a toda la Iglesia, con el significado de personificación, en el Papa y en los cardenales, de la colectividad (Accarini, Bruno, *Rappresentanza*, Bolonia, Il Mulino, 1999, pp. 19 y en especial 26-36).

⁶⁰ Habermas, Jürgen, *Mudança estrutural da esfera pública*, trad. de Flávio R. Kothe, Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984 [1961], pp. 19 y 20.

⁶¹ Antonio Manuel Hespanha aduce que la historia así escrita hace que el pasado, al ser leído y aprendido por las categorías del presente, se vuelve una prueba convincente del

figura jurídica de representación política y de un mandato representativo de carácter jurídico debe ser analizada a partir de la modernidad y de sus categorías.⁶²

Pietro Costa subraya que en la representación moderna no existe una voluntad preexistente y que existe una distinción absoluta y cualitativa entre los representantes y los representados. La prohibición del mandato imperativo surge como una consecuencia de esa nueva visión, que parte de la independencia del representante en relación con el representado. La representación es fundamentada en la designación del representante, mediante elección, que hace que, simbólicamente, la decisión independiente de los representantes se pueda reconducir al consenso de los representados.⁶³

Esa es la lectura de Carré de Malberg, al afirmar que quien tiene la voluntad es la Asamblea, el órgano de la nación. El órgano, unidad jurídica que tiene voluntad y capacidad de acción, origina la voluntad. El autor niega la existencia de una verdadera representación, que “implica siempre cierta subordinación del representante al representado”.⁶⁴ Para Maurice Hauriou, la representación no deriva de un contrato de mandato, “porque el de los gobernados, mientras carece de representantes, no tiene calidad

carácter intertemporal —y, por lo tanto, racional— de las categorías como Estado, representación política y persona jurídica, que pasan a ser aceptadas como formas continuas y necesarias de la razón jurídica y política. E “institui-se uma visão progressista da história do poder e do direito, que transforma a organização institucional atual num ómega da civilização política e jurídica. O Estado liberal-representativo e o Direito legislado (ou, melhor ainda, codificado), constituiriam o fim da história, o termo último de todos os processos de ‘modernização’” (Hespanha, António Manuel, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005, pp. 54 y 55).

⁶² Como señala Giuseppe Duso, existe una alteración en el modo de comprender el hombre, la ciencia y la política en la modernidad (Duso, Giuseppe, *La rappresentanza politica, Genesi e crisi del concetto*, 2a. ed., Milan, FrancoAngeli, 2003, p. 9). Ver, también, el libro de Hasso Joffman sobre la historia antigua y medieval del término “representación” y sobre su utilización en la terminología jurídica, eclesiástica y política hasta el siglo XVIII (Hofmann, Hasso, *Rappresentanza – rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, trad. de Claudio Tommasi, Milan, Giuffrè, 2007 [2003]).

⁶³ Costa, Pietro, “Elezioni...”, *cit.*, en <http://ius.regione.toscana.it/elezioni/Documenti/IXConvegnoSISE/Costa.pdf>.

⁶⁴ Malberg, R. Carré de, *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1922], pp. 939 y 940. Gilberto Amado afirma que no hay en el pueblo o en el electorado, “nenhuma idéia ou ponto de vista a ser representado” (Amado, Gilberto, *Eleição e representação*, Brasília, Senado Federal, 1999 [1931], p. 41). Igualmente, la visión de Fernando Gustavo Knoerr, al afirmar que en la política no hay representación de voluntad: “o representante impõe ao representado sua opção” (Knoerr, Fernando Gustavo, *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*, Curitiba, 2002. 305f. Tese [Doutorado em Direito do Estado]. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 76).

jurídica para contratar”. El autor afirma que los representantes gestionan la empresa del Estado en nombre de los gobernados, que consienten con el nombramiento de los representantes y los invisten con el propósito de garantía y control.⁶⁵

Bruno Accarino manifiesta la distinción entre *Vertretung* y *Repräsentation*. Mientras la primera se refiere a una representación de carácter privado, en que existe un sustituto o *luogotenente* que carga una voluntad preexistente y determinada, la segunda “funda o crea una voluntad unitaria que antes no existía”. Para el autor, la representación política, *Repräsentation*, es característicamente juspublicística, no relacionándose con los conceptos de encargo, mandato, gestión de negocios y administración fiduciaria. La representación política se relaciona con el futuro.⁶⁶

Hasso Hofmann afirma que la diferencia entre *Vertretung*, la representación por mandato, y *Repräsentation*, es marcada por la doctrina alemana contemporánea, que niega la tradición francesa y estadounidense de ver la representación como un concepto intrínsecamente relacionado a la democracia, a la elección, y evidencia la inexistencia de una relación jurídica entre el pueblo y el Parlamento, sea como un vínculo orgánico, sea como una disociación entre titularidad y ejercicio del derecho. A partir de dicha configuración, infiere la independencia jurídica de los representantes.⁶⁷

En la representación política debe haber, al menos, una “representación virtual”, en la que, como acentúa Edmund Burke, haya una unión de intereses e intercambio de sentimientos y deseos entre representante y pueblo; aunque el pueblo no lo elija realmente, alguna relación debe existir.⁶⁸ Para Brian

⁶⁵ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2a. ed., trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927, pp. 233 y 234. El autor resalta que la elección es simplemente un procedimiento empírico de designación. No hay delegación de poder. Los poderes de la Asamblea derivan de la Constitución o de ella misma. Y afirma: “las competencias de gobierno no residen en el pueblo, y éste, que carece de ellas, no puede transmitir las. El único efecto de la elección es conferir al electo la investidura en nombre de la soberanía nacional y colocar la competencia de gobierno que le es propia —y que debe al hecho de formar parte de una «élite» política— bajo el control del poder mayoritario de los electores” (p. 237).

⁶⁶ Accarino, Bruno, *op. cit.*, pp. 21 y 40.

⁶⁷ Hofmann, Hasso, *Rappresentanza—rappresentazione, Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, trad. de Claudio Tommasi, Milan, Giuffrè, 2007 [2003], pp. 3, 6, 7 y 10.

⁶⁸ “Virtual representation is that in which there is a communion of interests and a sympathy in feelings and desires between those who act in the name of any description of people and the people in whose name they act, though the trustees are not actually chosen by them. This is virtual representation. Such a representation I think to be in many cases even better than the actual. It possesses most of its advantages, and is free from many of its inconveniences; it corrects the irregularities in the literal representation, when the shifting current

Seitz, la “representación virtual” es metafísica, así como la “representación real”. Aquélla absorbe las diferencias, racionalizando los intereses y legitimando el sistema de representación.⁶⁹ Dicha representación simbólica, acentúa Olavo Brasil de Lima Junior, no se relaciona directamente con la elección por el voto, sino que permite la justificación del ejercicio del poder por el jefe del Poder Ejecutivo, que representa la totalidad, y no sólo sus electores.⁷⁰

Resalta Hans Kelsen que la adopción de la forma parlamentaria por los gobiernos democráticos exige una forma de libertad democrática que suponga la ficción de la representación. El aspecto ficcional, para el autor, está en la idea de que el Parlamento sirve para el pueblo expresar sus voluntades, aunque sea jurídicamente independiente del pueblo. La vinculación del representante debe establecerse con el partido político que lo eligió, por un listado en que el elector pueda adherir al partido y no más. En este caso, debe haber la pérdida de mandato cuando el representante abandona las filas de la agremiación partidista.⁷¹

La representación política aquí considerada, se relaciona con los aspectos del Estado moderno, su organización y racionalidad. La representación política, en este sentido, nace relacionada con la exigencia de división de los poderes, y su naturaleza jurídica se configura por la atribución de la función y de la autorización para actuación conjunta del representante en nombre de sus representados, advierte Karl Loewenstein. Es la representación que permite la institución del Parlamento como órgano de soberanía contra-puesto al gobierno; pero se molda según una sociedad homogénea y no da cuenta de un concepto de voluntad política más allá de la idea de voluntad general de Rousseau, fundamentada en la noción de liderazgo político, concentrado en el gobierno.⁷²

of human affairs or the acting of public interests in different ways carry it obliquely from its first line of direction. The people may err in their choice; but common interest and common sentiment are rarely mistaken. But this sort of virtual representation cannot have a long or sure existence, if it has not a substratum in the actual. The member must have some relation to the constituent” (Burke, Edmund, A letter to Sir Hercules langrishe on the subject of the roman catholics of Ireland (extract), en <http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/burkee/extracts/chap18.htm>).

⁶⁹ Seitz, Brian, *The trace of political representation*, Albany, State University of Nueva York Press, 1995, pp. 96, 100 y 104.

⁷⁰ Lima Junior, Olavo Brasil de, *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 1997, p. 41.

⁷¹ Kelsen, Hans, *A democracia*, trad. de Ivone Castilho Benedetti *et al.*, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1955], pp. 48, 56 y 57. Se trata del ensayo “Essência e valor da democracia”, publicado en 1920 y revisto en 1929.

⁷² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed. Barcelona, Ariel, 1976 [1961], pp. 57-62. A partir de dicha constatación, Karl Loewenstein afirma la superación de la doctrina

Destaca Maurizio Cotta que la representación es pensada a partir de la necesidad de controlar el poder, por aquél que no puede ejercerlo personalmente. Para el autor, la representación política combina confianza, elementos de delegación y de representación-espejo, para garantizar la legitimidad y credibilidad.⁷³ Esa visión, señala Maurice Duverger, es adecuada a un significado de representación política, en términos jurídicos, en que se relaciona con la figura privatista del mandato. Con la adopción del sistema proporcional, la representación política pasa a ser comprendida como un reflejo de la sociedad, un retrato que moldea su modelo, en un sentido sociológico. Mientras en su origen se representa la voluntad, en este nuevo aspecto, las opiniones son representadas. Deja de existir un vínculo entre mandante y mandatario para haber una relación entre la unidad “pueblo” y la unidad de la asamblea representativa.⁷⁴

Existe una nítida oposición entre el principio democrático —que impone la identidad entre gobierno y gobernado— y el principio representativo —que supone su distinción—. Menelick de Carvalho Netto resalta el carácter positivo de esta tensión constante, que “importa uma revisão permanente dessa identidade do povo em relação aos próprios representantes, tornando essa representação sempre precária, requerente de revisões”.⁷⁵

Bernard Manin indica cuatro principios que acompañan a los regímenes representativos desde su “invención”: 1. Nombramiento de los gobernantes por elecciones en intervalos regulares; 2. Cierta grado de independencia entre las decisiones de los gobernantes y de los deseos de los electores; 3. Libre expresión de opiniones y de deseos políticos por los gobernados; y 4. Sumisión de las decisiones políticas a un proceso de debate.⁷⁶ Auro Au-

de la separación de poderes y presenta una nueva división adecuada a las sociedades pluralistas de masa: la toma de decisiones fundamentales, concentrada en un número reducido de personas, y con una forma legal; la ejecución de las decisiones políticas fundamentales (que es atribución de los tres órganos de soberanía), y el control político, donde se incluye el control judicial de la constitucionalidad y la responsabilidad de los agentes públicos (pp. 63-72).

⁷³ Cotta, Maurizio, “Representação política”, en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola, Pasquino, Gianfranco (orgs.), *Dicionário de política*, 12a. ed., trad. de Carmen C. Varriale et. al., Brasília, Universidade de Brasília, 2002 [1983], pp. 1101-1107.

⁷⁴ Duverger, Maurice, “Esquisse d’une théorie de la représentation politique”, en *L’Evolution du Droit Public. Études offertes à Achille Mestre*, París, Sirey, 1956, pp. 211-220.

⁷⁵ Carvalho Netto, Menelick, “Controle de constitucionalidade e democracia”, en Maués, Antônio G. Moreira (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 215-232, en especial p. 220. Ver también Mouffe, Chantal, “Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt”, trad. de Menelick de Carvalho Neto, *Cadernos da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 1, núm. 2, pp. 91-107, julio-diciembre. 1994.

⁷⁶ Manin, Bernard, *Los principios...*, cit., p. 17.

gusto Caliman resalta el “peculiar procedimiento deliberativo” y la pluralidad de los miembros, sin jerarquía, como características del Parlamento,⁷⁷ órgano representativo por excelencia.

Jorge Miranda subraya que la representación política es exigida por la Constitución, que no hay una transferencia de poderes y que se configura por un mandato de derecho público. Señala que la representación conlleva la responsabilidad política, con la exigencia de un canal recíproco de informaciones, y que se impone por el ejercicio de las libertades públicas, por el derecho de oposición y las elecciones, raramente por la posibilidad de destitución o revocación del mandato. Aduce que la representación y la responsabilidad se establecen entre la Asamblea y el pueblo, siendo consecuencia de eso la prohibición del mandato imperativo.⁷⁸ Además de la idea de soberanía nacional, que pasa a exigir una representación general, sin relación entre los segmentos del pueblo y sus representantes específicos, la ley producida por la representación es el instrumento más hábil para expresar los valores de la razón y de la justicia.⁷⁹

Para Georges Burdeau, el gobierno representativo permite una corrección de la democracia, como un instrumento de contención del poder del pueblo, que posibilita simultáneamente la libertad política (relacionada con la elección) el orden y la estabilidad.⁸⁰ Sin embargo, solamente una parte del pueblo tiene derechos políticos, pues una parte de éstos son representados y sólo una parte de los representantes toman decisiones, debido a la regla de la mayoría.⁸¹ La democracia supone una confrontación de una mayoría y de una minoría y su autenticidad está vinculada al lugar que garantiza a la minoría: “*A minoria é a opinião dissidente, a liberdade é o direito à dissidência*”.

⁷⁷ Caliman, Auro Augusto, *Mandato parlamentar. Aquisição e perda antecipada*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 17.

⁷⁸ Miranda, Jorge, *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, pp. 92 y 93.

⁷⁹ Conforme Vega, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Madrid, núm. 44, pp. 24-44, marzo-abril 1985, en especial pp. 32 y 33.

⁸⁰ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional...*, cit., p. 166. El autor resalta la asimilación de la voluntad de la nación a la voluntad del representante, lo que “impide al pueblo tener una voluntad diferente de la que formula la Asamblea” y subraya que la Asamblea, “compuesta de representantes experimentados y ponderados, podrá imputar a la nación una voluntad razonable que la libraré de los arrebatos de la demagogia”.

⁸¹ Análisis realizado anteriormente por León Duguit, que subraya que en los países del sufragio universal y de régimen representativo, las leyes en general son votadas por un número de diputados que no representan más que la minoría del cuerpo electoral (Duguit, León, *La transformación del Estado*, 2a. ed., trad. de Adolfo Posada, Madrid, Francisco Beltrán, [1909], p. 84).

La cuestión se ubica en la necesidad de conciliación entre la autoridad de la mayoría y la libertad de la minoría.⁸²

Roberto Gargarella acentúa que el sistema representativo fue pensado para grupos sociales, contrapuestos, internamente homogéneos, cuyos intereses podrían ser defendidos por cualquier miembro. Estos supuestos del pensamiento fundador estadounidense, empero, no encuentran espacio en la configuración política actual, ante la multiplicidad y diversidad de los grupos sociales, con intereses internamente divergentes. Se vuelve difícil certificar la representación de los diferentes intereses sociales en el Parlamento y —resalta el autor— eso se repite en el Poder Judicial, que se muestra incapaz de defender la minoría en contra de la mayoría cuando estos grupos son variables según coaliciones, o mismo en vista de distintas cuestiones.⁸³

La representación política presenta propósitos paradójicos: debe, al mismo tiempo, tener en cuenta la unidad y la identidad. Como señala David Ryde, debe ser capaz de generar un intercambio de intereses y valores y dar respuesta a demandas específicas, individualizadas.⁸⁴ La representación surge como un medio indispensable para dar voz a un sujeto colectivo y al

⁸² Burdeau, Georges, *Manuel de Droit Public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, pp. 28 y 29. “Toute démocratie repose sur cette confrontation d’une majorité et d’une minorité. Son authenticité se vérifie par la place qu’elle fait à la minorité, c’est-à-dire à cette fraction du peuple qui ne partage pas les idées de ceux qui sont au pouvoir. Or une minorité n’existe que par le jeu des libertés dont elle dispose. La minorité c’est l’opinion dissidente, la liberté c’est le droit à la dissidence”. “Le problème demeure donc posé de savoir comment la démocratie concilie l’autorité de la majorité avec la liberté de la minorité”.

⁸³ Gargarella, Roberto, (comp.), “Introducción”, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 11-30, en especial pp. 13-16. Para Brian Seitz, la representación y la democracia representativa se caracterizan por un conflicto continuado, por combates, “ganos de terreno”, deserciones, treguas, rendiciones, compromisos, victorias transitorias y derrotas totales es una guerra (Seitz, Brian, *The trace of political representation*, Albany, State University of New York Press, 1995, p. 153).

⁸⁴ Para David Ryden, los objetivos de unidad están relacionados con el control popular y se identifican por la regla mayoritaria, por la obtención del consenso de los gobernados, por la institucionalización de valores, por la construcción del censo de valores comunes, por la canalización de opiniones y preferencias en políticas, por el interés colectivo del gobierno y por su accountability. Los relacionados a la diversidad se coadunan con los valores liberales y se muestran en la protección de derechos individuales, en la igualdad política, en la tolerancia y garantía de valores especiales y en el interés individual. Los partidos políticos deben ser los canales que permiten la realización de los dos conjuntos de objetivos, como subsistemas de representación que permiten la conexión entre ciudadano y gobierno (Ryden, David K., *Representation in crisis, The Constitution, Interest Groups and Political Parties*, Albany, State University of New York Press, 1996, pp. 25-30).

mismo tiempo, permitir que los ciudadanos, con sus diferencias y particularidades, expresen su voluntad y participen de la formación de la voluntad común.⁸⁵

La teoría de la representación que más parece y se aproxima de una lectura jurídica es la formalista.⁸⁶ La existencia de un conjunto de instituciones destinadas a construir un lugar de autoridad, a permitir que uno ejerza el poder político en nombre de otros y al menos posibilitar un débil control consistente en la no renovación de la relación representativa, es garantizada por normas jurídicas de carácter constitucional.⁸⁷ No parece haber un aspecto jurídico en la representación simbólica, en la representación descriptiva (pese a determinados conjuntos institucionales derivados de normas jurídicas que puedan revelar la opción por hacer que el Parlamento “refleje la sociedad”, como por la adopción de un sistema proporcional) y en la representación como actividad.

Es conveniente, jurídicamente, definir la representación política como lo hace Hanna Pitkin: un conjunto institucional de carácter público destinado a permitir la participación del pueblo en el gobierno, que involucra personas y grupos y opera de manera compleja, sin que se pueda configurar la representación a partir de una relación singular, sea por el lado del individuo, sea por el representante aisladamente considerado.⁸⁸

⁸⁵ Duso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 10. Para el autor, la representación no puede ser reducida a una relación entre representante y representado, sino debe incluir el representante, la unidad política ideal que debe ser representada, el representado como producto de la representación, y los que se sienten representados (p. 32).

⁸⁶ Afirma Georg Jellinek: “la representación es un concepto jurídico y no político. En virtud de un estatuto legal la voluntad de la minoría se considera como voluntad del conjunto. Pero en la realidad política únicamente prevalece la voluntad mayoritaria de los parlamentarios que votaron una resolución” (Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 73).

⁸⁷ Afirma José Alfredo de Oliveira Baracho que la elección es un procedimiento que visa a la designación de los gobernantes por los gobernados y que “*o corpo eleitoral, através da eleição, manifesta seu assentimento a certa candidatura*” (Baracho, José Alfredo de Oliveira, “A teoria geral do Direito Eleitoral e seus reflexos no Direito Eleitoral brasileiro”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, vol. 2, 1997, pp. 477-530.). Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “a democracia representativa sempre se acha consubstanciada em um processo técnico de escolha de pessoas para que exerçam o poder em nome do povo, quanto, então, esse participa da formação da vontade do governo e no processo político” (Ferrari, Regina Maria Macedo Nery, “O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão”, en Garcia, Maria (org.), *Democracia, hoje*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, pp. 209-256, p. 217).

⁸⁸ “Political representation is primarily a public, institutionalized arrangement involving many people and groups, and operating in the complex ways of large-scale social arrange-

La actuación del representante informada por el interés público⁸⁹ es un supuesto de la relación de representación y se reviste de carácter jurídico en la medida de su configuración constitucional. En virtud de la libertad para el ejercicio del mandato, tónica de los regímenes representativos contemporáneos, y de una visión colectiva de los representados, no existen mecanismos jurídicos para atestiguar el contenido de la relación subjetiva de representación. Existen límites objetivos, establecidos por la Constitución y garantizados por sanciones a los mandatarios que de estos escapan.

La confianza, tenida como el fundamento subjetivo de la relación del mandato representativo, no se reviste de carácter jurídico: no existe una sanción jurídica para el rompimiento de la confianza, tampoco un remedio jurídico para su restauración.

Pierre Bourdieu analiza la confianza —o *fides implícita*, como denomina el autor— por su tendencia sociológica, y afirma que configura una delegación total y global, una especie de crédito ilimitado que retira cualquier tipo de controle del pueblo (“os mais desfavorecidos”) sobre la representación.⁹⁰ El rompimiento de la relación subjetiva de confianza acaba por provocar efectos sólo en la esfera política, por su no renovación, en la búsqueda de los representantes por medio de una nueva decisión electoral.

No se puede afirmar, al menos jurídicamente, que sea la confianza el fundamento de la representación política. No existe cualquier criterio para su verificación, sea en el momento de la formación de la relación, sea en el

ments. What makes it representation is not any single section by any one participant, but the over-all structure and functioning of the system, the patterns emerging from the multiple activities of many people. It is representation if the people (or a constituency) are present in governmental action, even though they do not literally act for themselves” (Pitkin, Hanna Fenichel, *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, pp. 221 y 222). Brian Seitz conceptúa representación como una herramienta de traducción: “representation is the tool by which the political subject communicates its needs, interests, and wishes and offers it consent. That is, representation is the apparatus by means of which consensus is communicated and expressed, formally inscribed and authorized” (Seitz, Brian, *op. cit.*, p. 114).

⁸⁹ Sólo el interés público, para Sieyès, debe ser representado. Afirma el autor que “o direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhes são comuns e não devido àquelas que os diferenciam”. “A legislação de um povo só está encarregada de um interesse geral” (Sieyès, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa. Que é o terceiro estado?*, trad. de Norma Azeredo, Río de Janeiro, Liber Juris, 1986 [1789], pp. 144 y 146).

⁹⁰ Bourdieu, Pierre, “A representação política. Elementos para uma teoria do campo político”, en *O poder simbólico*, trad. de Fernando Tomaz, 6a. ed., Río de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003, p. 167.

desarrollo del ejercicio del mandato. Tampoco existen instrumentos jurídicos para la ruptura de la relación cuando la confianza se deteriora.

La relación de representación, jurídicamente, se forma por medio de una autorización del cuerpo electoral para el cuerpo representativo, ambos tomados como sujetos colectivos. Una autorización por plazo determinado y cuya motivación puede tener cualquier contenido no prohibido por el derecho. Su invalidez únicamente puede ser declarada si la autorización es falseada: por fraude, por corrupción, por compra del voto, o por cualquier forma de abuso. Pero no se permite su destitución si lo que la constituye es un criterio subjetivo cualquiera: la belleza, amistad, una forma de protesta, una manifestación chistosa.

La autorización que forma la relación de representación no lleva consigo ningún contenido jurídico para el ejercicio del mandato.⁹¹ El representante tiene como limitación, el ordenamiento jurídico, sin cualquier determinación por parte del cuerpo electoral. No existe, por la representación política, una influencia del ciudadano en las manifestaciones del representante, aunque él actúa fuertemente en la composición del cuerpo representativo y de ello pueda resultar en expectativas para el electorado.

Nuevamente con Pierre Bourdieu, se puede reconocer que dicha autorización concede al representante, además del poder político, un poder simbólico, que le proporciona un crédito, relacionado con la confianza del grupo.⁹² Sólo en este sentido, fuertemente sociológico, es posible hablar en confianza. Ella no se manifiesta, sin embargo, en el campo jurídico. Jurídicamente existe libertad para el ejercicio del mandato: se trata más de un “encargo confiado a alguien de expresar la voluntad unitaria de la nación”.⁹³

La forma que tiene el ciudadano de intervenir en la formación de la voluntad política de manera más concreta es por medio de mecanismos de democracia directa. La democracia brasileña presenta, constitucionalmente, un diseño participativo. La práctica democrática, no obstante, es esencialmente representativa.

⁹¹ Sin embargo, como resalta Auro Augusto Caliman, los senadores juren “desempenhar fiel e lealmente o mandato”, según el artículo 4o., §2o. del Regimiento Interno del Senado (Caliman, Auro Augusto, *Mandato parlamentar. Aquisição e perda antecipada*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 56).

⁹² Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 188.

⁹³ De acuerdo a la lectura que hace Giuseppe Duso de la representación pensada por la Revolución francesa: “perciò se parla di mandato libero: un mandato che non consiste tanto nell'espressione di una volontà determinata che deve essere rispettata e riportata in una sede superiore, quanto piuttosto in un incarico affidato a qualcuno di esprimere la volontà unitaria della nazione” (Duso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 61).

La representación, pese a ser necesaria, no debe ser la única forma de participación del pueblo en la voluntad del Estado, en vista de las distorsiones que presenta por la mediación, lo que aparta el valor epistémico de la democracia.⁹⁴ Para Clèmerson Merlin Clève, “nos países do terceiro mundo, a democracia representativa, e pois, o direito de voto, assume uma proporção paradoxal: - é muito, mas, também, pouco”.⁹⁵

La crítica a la representación política, en lo principal a la representación parlamentaria, surge con los Parlamentos y se acentúa fuerte con la extensión del derecho de sufragio. Su núcleo está en la incompatibilidad de una visión individualista de la sociedad y una actuación necesaria colectiva de la representación, agregada a la ausencia de mecanismos de control y de prestación de cuentas del mandatario.⁹⁶ Y, también, en una comprensión indebida de la relación de representación.

Bruno Accarino afirma que, en el sentido común, la representación es sinónimo de apropiación indebida, confianza robada, traición de las aspiraciones de los electores y falta de espíritu público.⁹⁷ Georg Jellinek, en los primeros años del siglo XX, afirma, con relación a Inglaterra, la absoluta sumisión de la Cámara baja al gobierno.⁹⁸ Para el autor, la censura no se direcciona en acabar con el parlamentarismo, sino intenta mejorarlo, a partir de sus instituciones, como la ampliación del sufragio y la adopción de la

⁹⁴ Según la posición de Carlos Santiago Nino (Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, cit., pp. 204 y 205).

⁹⁵ Clève, Clèmerson Merlin, *Temas...*, cit., p. 17. Para Francisco Weffort el desafío es encontrar medios de participación sin prescindir de la representación política, buscando la mejora de la democracia por la complementación de los dos principios (Weffort, Francisco, *Por que democracia?*, São Paulo, Brasiliense, 1984, pp. 121 y 128-129).

⁹⁶ Para Nelson Jobim, esa crítica se debe también a la incapacidad del cuerpo parlamentaria en cumplir sus funciones, parte causada por el vacío del poder del Parlamento durante el modelo constitucional anterior (Jobim, Nelson, “Partidos políticos e organização partidária”, *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*, Puerto Alegre, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, pp. 138-147, 169-172, en especial p. 142).

⁹⁷ “Nel sentire comune, rappresentanza è sinonimo di appropriazione indebita, fiducia carpitica e non ripagata, tradimento delle aspettative degli elettori e mancanza di spirito pubblico”. Y continúa: “l’astrazione giuridico-formale della cittadinanza, che sola rende possibile la rappresentanza moderna, produce effetti contro-intenzionali che la svuotano e la vanificano” (Accarino, Bruno, *op. cit.*, pp. 10 y 11). En sentido más enfático, Raul Zibechi afirma que la representación es siempre alienación y configura un principio contrario a la democracia (Zibechi, Raúl, *Poder y representación: ese estado que llevamos dentro*, Chiapas, núm. 13, 2002).

⁹⁸ “Por eso, ahora se ha observado, amargamente, que la Cámara baja se parece menos a una asamblea legislativa y mucho más a un cuerpo que registra los decretos gubernamentales”, Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 61.

representación proporcional. El exceso de partidos debilita el Parlamento, lo vuelve incapaz de manifestar la voluntad unitaria de la nación y deja las mayorías a las colusiones o al azar.⁹⁹

La crítica en relación con la representación política se direcciona a la imposibilidad de determinación de su contenido. Cabe resaltar, sin embargo, que “ningún sistema institucional puede garantizar la esencia, la substancia de la representación”.¹⁰⁰ Se exige, por tanto, un control efectivo y la toma de la responsabilidad por el ciudadano, que necesita percibir su papel en la democracia representativa y darse cuenta de las demás formas de interferencia en la formación de la voluntad política.

Paulo Bonavides hace una defensa intensa de la democracia participativa, caracterizándola como un derecho fundamental de cuarta generación. Afirma la necesidad de apartar la “perversão representativa”, el “falsamento da vontade”, las “imperfeições conducentes às infidelidades do mandato” y los “abusos da representação”, en busca de una “repolitização da legitimidade criadora de uma neocidadania governante”. Los vicios electorales, la propaganda dirigida, la manipulación de la conciencia pública y de opinión del ciudadano por los poderes y medios de información a servicio de la clase dominante, desvirtúan la democracia haciendo que el mandato pierda sus rasgos republicanos y se vuelva usurpador, “*confisco da vontade popular e transmutação da chamada democracia representativa em um simulacro de governo popular*”.¹⁰¹

Para Lúcia Avelar, la participación política, instrumento de legitimación y fortalecimiento de las instituciones democráticas, asumida como “a ação de indivíduos e grupos com o objetivo de influenciar o processo político”, puede darse por la vía electoral, por la vía corporativa (que busca la representación de intereses privados en el sistema estatal y se realiza por

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 68 y 69.

¹⁰⁰ “*No institutional system can guarantee the essence, the substance of representation*” (Pitkin, Hanna Fenichel, *op cit.*, p. 239). Para Olavo Brasil de Lima Junior, la crisis asociada al sistema de representación deriva de la insuficiencia de la reflexión de la teoría política sobre las atribuciones del Poder Legislativo (Lima Junior, *op. cit.*, p. 14). Desde otro punto de vista, Walter Benjamin también critica el Parlamento: “si vien meno la consapevolezza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico, esso decade. Un esempio di questo processo è fornito, in questo periodo, dai parlamenti. Essi presentano il noto, triste spettacolo, perché non sono rimasti consapevoli delle forze rivoluzionarie a cui devono la loro esistenza... Manca loro il senso della violenza creatrice di diritto che è rappresentata in essi; non c'è quindi da stupirsi che non pervengano a decisioni degne di questo potere, ma curino, nel compromesso, una condotta degli affari politici che vi vorrebbe senza violenza” (Benjamin, Walter, “Per la critica della violenza”, en Solmi, Renato (a cura di) *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Turin, Einaudi, 1995 [1920], en especial pp. 5-30, p. 17).

¹⁰¹ Bonavides, Paulo, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, capítulo 1.

lobbies y por organizaciones profesionales) y por la vía organizacional (relacionada con un espacio no institucionalizado de la política, formado por grupos identificados a partir de un déficit de reconocimiento).¹⁰²

Para la “salvación” de la representación política, algunos autores presentan el mandato partidista. Hans Kelsen señala, en un escrito de la década de 1920, a los partidos políticos como “um dos elementos mais importantes da democracia real”, única forma de influencia del individuo en la voluntad del Estado. Y es enfático: “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”.¹⁰³

En contra de la representación se pone, para algunos autores, la “multitud”. La multitud, que rechaza la homogeneización de los conceptos de nación y pueblo, es multicolor y actúa políticamente en la búsqueda de la democracia,¹⁰⁴ resistiendo al “Imperio” y creando nuevos espacios a partir de demandas por ciudadanía global, condiciones de vida y control sobre la producción.¹⁰⁵ Y la multitud no se deja representar, es autoconvocable, se organiza en redes de participación y de toma de decisiones.¹⁰⁶

Con una visión menos romántica, advierte Brien Seitz que la democracia, más allá de la representación, no se muestra como una democracia directa, como “la voz pura de la soberanía popular” o “la voluntad orgánica del pueblo”, sino como una hegemonía organizada tecnológicamente que enmarcaría el fin del conflicto ontológico de la representación.¹⁰⁷

Con la superación del conflicto, sin embargo, poco restaría de la democracia.

¹⁰² Avelar, Lúcia, “Participação política”, en Avelar, Lúcia y Cintra, Antônio Octávio (orgs.), *Sistema político brasileiro: uma introdução*, São Paulo, Editora da Unesp, 2004, pp. 223-235.

¹⁰³ Kelsen, Hans, *A democracia*, trad. de Ivone Castilho Benedetti et. al., São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1955], pp. 39 y 40. Se trata del ensayo *Essência e valor da democracia*, publicado en 1920 y revisado en 1929.

¹⁰⁴ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Multidão*, trad. de Clóvis Marques, Río de Janeiro, Record, 2005, pp. 13 y ss. La noción de multitud parte de la idea de biopoder (en que el poder domina la vida, haciendo vivir y dejando morir, concentrándose no más sobre el individuo, sino sobre la población, con una estrategia política nueva) desarrollada por Michel Foucault en la última clase de su curso *Em defesa da sociedade* y retomada en el curso *Segurança, território, população* (Foucault, Michel, *Em Defesa da Sociedade*, trad. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002; mismo autor, *Seguridad, territorio, población*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006).

¹⁰⁵ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Império*, trad. de Berilo Vargas, Río de Janeiro, Record, 2001.

¹⁰⁶ Zibechi, Raul, “Poder y representación: ese estado que llevamos dentro”, *Chiapas*, México, núm. 13, 2002.

¹⁰⁷ Seitz, Brian, *op. cit.*, p. 157. Puede que sea el “pensamiento único” de la globalización capitalista, denunciado por Milton Santos (Santos, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 5a. ed., Río de Janeiro, Record, 2001).

II. EL IDEAL REPUBLICANO Y LA CULTURA DEMOCRÁTICA

Brasil presenta un déficit en su cultura democrática y también un espíritu republicano hueco.

La falta de participación popular en la proclamación de la República brasileña está evidenciada por historiadores, como José Murilo de Carvalho. El autor señala los debates sobre el modelo republicano a ser adoptado, las “tradições” republicanas en disputa y la lucha por la construcción del “mito de origem”, con la elaboración de historias, héroes y símbolos. El de Carvalho utiliza la expresión de Aristides Lobo y afirma que el pueblo acompaña el nacimiento de la República “bestificado”, sorprendido.¹⁰⁸

Maria García afirma que se encuentran demandas republicanas en los movimientos e insurrecciones al final del siglo XVIII y en la primera mitad del siglo XIX en Brasil como la Inconfidencia Minera, Inconfidencia Baiana (Revuelta de los Sastres), Revolución Pernambucana, Confederación del Ecuador, Cabanada, Revolución de los Farrapos y Sabinada.¹⁰⁹ La autora subraya, sin embargo, que después de la proclamación, las “diversas repúblicas” brasileñas evidenciaron “a descontinuidade do processo democrático, seus hiatos e lacunas e, ao mesmo tempo, a desvinculação entre as instituições firmadas em nome do regime republicano, nas suas bases populares e as raízes populares”.¹¹⁰

No obstante, es posible afirmar que el momento constituyente democrático que culmina en la Constitución de 1988 promueve la fundación de una República. A partir del nuevo ordenamiento constitucional, la sociedad brasileña, republicana por casualidad, tiene un substrato normativo que autoriza afirmar que el Estado brasileño está fundado en un ideal republicano y permite la construcción de un *idem sentire de republica*.¹¹¹

¹⁰⁸ Carvalho, José Murilo de, *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990. También, véase el análisis del periodista Hélio Silva (Silva, Hélio, *1889: a República não esperou o amanecer*, Puerto Alegre, L&PM, 2005).

¹⁰⁹ Raymundo Faoro exterioriza dicha impresión en su análisis sobre la formación de la política brasileña (Faoro, Raymundo, *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*, 3a. ed, revista São Paulo, Globo, 2001 [1957], pp. 303 y ss.).

¹¹⁰ García, María, *A República no Brasil*, Brasília, Programa Nacional de Desburocratização/Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, pp. 21 y 44.

¹¹¹ Jürgen Habermas señala la idea de que la formación del Estado constitucional democrático exige un pueblo que se autodetermine. “Caso o povo, porém, que se autocompreendia autoritativamente, não tivesse se tornado uma nação de cidadãos autoconscientes, haveria faltado força propulsora a uma reformulação jurídico-política como essa, e também força vital à república formalmente instruída”. La idea de nación viene completar el vacío, “capaz de integrar as consciências morais” (Habermas, Jürgen, “O Estado nacional europeu

La noción de República no se contrapone a la de la monarquía. En un escrito del siglo XVIII, Edmund Burke defiende que la monarquía inglesa no es garante solamente por no violación de la ley por el príncipe, sino que exige que los poderes discrecionales del monarca “deben ser ejercidos todos ellos basándose en principios públicos y fundamentos nacionales y no en las preferencias o los prejuicios, las intrigas o la política de una corte”. Resalta que todos —parlamentarios, jueces y el rey— son “fideicomisarios del pueblo”, “porque ningún poder se confiere para beneficio exclusivo de su poseedor”.¹¹² La noción de los principios públicos como criterio de legitimidad de la acción política está vinculada al ideal republicano. Sus enemigos no se confunden con el rey.

Philip Pettit señala que el pensamiento republicano respecto a la ciudadanía y al gobierno parte de una noción de confianza y que el papel del gobierno es promover la libertad de los ciudadanos. La confianza en los gobernantes deriva de la convicción de su actuación conforme las reglas legales y con una disposición cooperativa, vista como una virtud cívica, siendo así, al mismo tiempo impersonal y personal. Aunque la confianza impersonal sea garantizada por algunos mecanismos, como mandatos limitados, separación de poderes y control democrático, la relación republicana entre gobernantes y gobernados siempre supone la virtud, la confiabilidad tanto en los ciudadanos como en aquéllos que ejercen el poder. Al ciudadano, resalta el autor, cabe la eterna vigilancia: sin eso, no hay esperanza para la virtud pública.¹¹³ Para que exista libertad es necesaria una virtud cívica, que exige disposición para la participación en el gobierno y determinación para el ejercicio de una eterna vigilancia con relación a los gobernantes.¹¹⁴

Es posible aproximar el ideal republicano como intercambio de valores de la noción de *Verfassung*. Entendida como una condición histórico-existen-

– sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade”, en *A Inclusão do outro*, Estudios de teoría política, trad. de Paulo Astor Soethe, São Paulo, Loyola, 2004 [1996], pp. 127-151, en especial p. 135).

¹¹² Burke, Edmund, “Pensamientos sobre las causas del actual descontento”, en *Textos políticos*, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1942 [1770], pp. 259-293, en especial pp. 268 y 274.

¹¹³ Pettit, Philip, “Republican Theory and Political Trust”, en Braithwaite, Valerie y Levi, Margaret (eds.), *Trust and Governance*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1998, pp. 295-314.

¹¹⁴ Pettit, Philip, “Republican Political Theory”, en Fleurbaey, Marc, Salles, Maurice, Weymark, John A. (eds.), *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, pp. 389-410: “the price of liberty is civic virtue, then, where that includes both a willingness to participate in government and a determination to exercise eternal vigilance in regard to the governors” (p. 389).

cial de una comunidad de hombres que se articulan permitiendo la construcción de una comunidad política y así, del Estado,¹¹⁵ supone la asunción de un conjunto de valores que informa el orden jurídico y la actuación de los poderes públicos.

Dichos valores, sin embargo, como subraya António Manuel Hespanha, no son valores densos o espesos. Existe un acuerdo entre valores finos, mínimos: todos están de acuerdo con la idea democrática, pero no con su contenido.¹¹⁶ Para Antonio D'Atena, el valor común, de la fundamentación de todas las reglas, es la igualdad de los ciudadanos.¹¹⁷

Para Zygmunt Bauman, la idea republicana no impone un modelo de vida correcto, pero incita “a capacitação dos cidadãos para discutirem livremente os modelos de vida de sua preferência e praticá-los. A república é uma ampliação, não uma redução de opções – seu objetivo é aumentar, não limitar as liberdades individuais”.¹¹⁸ En Aristóteles, el mejor gobierno es “aquele no qual cada um encontre a melhor maneira de viver feliz”.¹¹⁹ Esa vertiente del ideal republicano encuentra especial guarida en Constituciones como la Carta Brasileña de 1988.¹²⁰

El ideal republicano repercute el valor de la igualdad.¹²¹ Dicho valor, bien final a ser perseguido, se reviste constitucionalmente de un principio

¹¹⁵ Noción de *Verfassung* a partir del entendimiento de Maurizio Fioravanti (Fioravanti, Maurizio, *Stato e costituzione: Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, G. Giappichelli, 1993, p. 191). El autor resalta que la *Verfassung* no puede ser creada por la voluntad de contractual de los individuos, tampoco por la voluntad del Estado (p. 193).

¹¹⁶ Hespanha, António Manuel, *O liberalismo...*, cit., Francisco Weffort, en escrito de 1985, afirma que la lucha política en Brasil era una lucha respecto al significado de la democracia (Weffort, Francisco, *Por que democracia?*, São Paulo, Brasiliense, 1984, p. 59).

¹¹⁷ D'atena, Antonio, “Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 440.

¹¹⁸ Bauman, Zygmunt, *Em busca da política*, trad. de Marcus Penchel, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 190. Se debe, sin embargo, atender para una advertencia del autor. La idea republicana niega la necesidad de la memoria histórica y se presenta como fábrica de bien común a partir de la capacidad humana de criticar, razonar y juzgar, suponiendo la tríplice libertad de discurso, expresión y de asociación y considerando la felicidad universal como propósito supremo de la República. El peligro de la República es firmar el compromiso equivocado, y su propuesta es garantizar una libertad positiva a sus ciudadanos, combinando la libertad individual en contra de la interferencia y el derecho del ciudadano de intervenir, como argamasa que une la comunidad republicana (pp. 166-169).

¹¹⁹ Conforme Aristóteles, *A política*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 59.

¹²⁰ Gabardo, Emerson, *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 367.

¹²¹ Para Roberto Gargarella, la primera promesa del derecho es la igualdad (Gargarella, Roberto, *Aula magna*, Proferida na Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 02 de marzo de

de igualdad, con fuerza normativa y que se muestra como un bien inicial con contenido normativo que orienta las acciones.¹²² Además, la exigencia de igualdad es indispensable para el concepto deliberativo de una teoría epistémica de democracia: igual voz e igual voto son precondiciones para la caracterización de una igualdad substantiva.¹²³

No se trata de una visión liberal de igualdad, que considera los sujetos como igualmente propietarios de su propio cuerpo, como iguales ante el contrato social, ciudadanos iguales a Rousseau y miembros iguales de la nación, como resalta Pietro Costa. El autor subraya que, en este contexto, la defensa de los derechos contra el poder también significa la defensa de la libertad contra la igualdad. La igualdad, para el liberalismo, es una igualdad formal, jurídica, que compone la ciudadanía solamente en la medida en que permite que todos se vuelvan titulares de derechos. Esa es la única igualdad compatible con su noción de libertad.¹²⁴

La libertad, en el pensamiento republicano, es vista como la no-dominación. La no-dominación no excluye la interferencia, sino única la interferencia arbitraria, sustancial o procedimental, y aunque potencial,¹²⁵ subraya Philip Pettit. La inexistencia de dominación permite que todos sean iguales, sin que nadie necesite hacer deferencia a otro, tampoco temerlo. La ley republicana no restringe la libertad y tampoco la compromete, sólo la condiciona. Además, el significado del ideal republicano implica en una noción de justicia distributiva: la máxima distribución de la libertad, asumida como no-dominación, requiere un compromiso con la redistribución, que sirve para alejar los factores que permiten la dominación.¹²⁶

2009). Para el autor, la tradición radical republicana, inspiración en la América Latina en el siglo XIX, buscaba realizar las condiciones materiales del constitucionalismo (Gargarella, Roberto, *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*, Ciclo de ponencias presentadas en el Programa de Posgrado en Derecho-UFPR, Curitiba, 02 y 03 de marzo de 2009).

¹²² Se tiene en cuenta aquí, la distinción expuesta por Gustavo Zagrebelsky. Los valores autorizan la acción o el juicio en relación con el resultado, al fin buscado, mientras los principios establecen el contenido legítimo de las acciones o juicios que persiguen valores a partir de direcciones, sin indicación precisa de la acción o del juicio (Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 31, Florencia, t. 1, pp. 865-897 2002).

¹²³ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución... cit.*, p. 92.

¹²⁴ Costa, Pietro, *Democrazia...*, *cit.*, pp. 27 y 28.

¹²⁵ Newton Bignotto afirma que “*para os novos republicanos, um cidadão não deve apenas não sofrer interferência em sua independência (liberdade negativa), ele deve ter a garantia institucional de que tal não ocorrerá*”, (Bignotto, Newton, “Humanismo cívico hoje”, en mismo autor (org.), *Pensar a República*, Belo Horizonte, UFMG, 2000, pp. 49-69, p. 56). Cabe repetir que no se trata de interferencia, pero de interferencia arbitraria, que configura dominación.

¹²⁶ Pettit, Philip, “Republican...”, *cit.*, pp. 389-410.

Como afirma Sérgio Cardoso, la idea republicana supone “um espaço comum equalizador, definido pela implicação de todos os cidadãos no sistema das decisões políticas”, extrapolando la exigencia de democracia política para alcanzar “a democratização econômica, social e cultural”.¹²⁷

Roberto Gargarella se dedica a analizar el republicanismo contemporáneo, que surge al final del siglo XX y acaba combinando críticas liberales y comunitarias. Para el autor, esa corriente de pensamiento —defiende valores cívicos (como la igualdad, la integridad, la solidaridad, el compromiso con los demás, entre muchos otros) y una idea fuerte de libertad— que exige un conjunto de condiciones políticas y económicas para que pueda realizarse. El Estado, así, necesita actuar en el sentido de asegurar dichas condiciones, pero siempre bajo el control efectivo de los ciudadanos. La preocupación de Gargarella con el republicanismo está en la posibilidad de intervención en la esfera individual, a partir de la exigencia de determinadas posturas morales, con un ideal de excelencia que alcance a la autonomía individual. Es posible, sin embargo, un compromiso sin involucrar un concepto moral vigoroso, asumiendo valores “institucionalmente circunscritos”: se exige un compromiso con el bien público, con la permisión de que cada individuo pueda desarrollar su vida de la manera como mejor le convenga.¹²⁸

La idea de igualdad tomada por la Constitución de 1988 indica posibilidades de lectura que extrapolan la noción de igualdad formal y se ajustan a la noción de libertad republicana.¹²⁹ No es posible, en ningún momento, agotar la exigencia en una “igualdad frente a la ley”. La configuración social del Estado exige una actuación estatal efectiva en el sentido de garantizar las condiciones igualitarias de vida, de participación política y de realización personal.

No se trata de una Constitución comunitaria,¹³⁰ sino de una Constitución republicana, que combine elementos liberales y elementos igualita-

¹²⁷ Cardoso, Sérgio, “Notas sobre a tradição do ‘governo misto’”, en Bignotto, Newton (org.), *Pensar a República*, Belo Horizonte, UFMG, 2000, pp. 27-48, en especial p. 29.

¹²⁸ Gargarella, Roberto, *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*, trad. de Alonso Reis Freire, São Paulo, Martins Fontes, 2008 [1999], pp. 183-221. Otra importante cuestión levantada por el autor se refiere a la primacía del bien común sobre los derechos individuales, defendida por el republicanismo.

¹²⁹ Sérgio Cardoso aduce que las reivindicaciones republicanas componen lo que resta de la cultura política de izquierda, después del abandono de la exigencia de la socialización de los medios de producción y de la riqueza social y de la democratización de la vida social y política (Cardoso, Sérgio, *op. cit.*, p. 27-48, p. 27).

¹³⁰ Roberto Gargarella se refiere a la crítica a los comunitaristas y su visión de que ni todos los ideales de vida buena son igualmente valiosos (Gargarella, Roberto, *As teorias... cit.*, pp. 183-221. Adelante, Gargarella presenta la posición de Joseph Raz, para quien “o fato de

rios. El Estado y la Constitución no son axiológicamente neutrales, pero no imponen un contenido cerrado para los valores que eligen a partir de una deliberación democrática.¹³¹

Los objetivos de la República federativa de Brasil, expuestos en el artículo 3o. de la Constitución brasileña son: construir una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desenvolvimiento nacional; erradicar la pobreza y la marginalización; reducir las desigualdades sociales y regionales, y promover el bien de todos sin perjuicios de origen, raza, sexo, color, edad y otras formas de discriminación. También pueden ser entendidos como una exigencia de trato de todos los ciudadanos con igual consideración y respeto.

El adjetivo “solidaria” remete a una relación de pertenecer a la comunidad, a la responsabilidad conjunta por los actos y por los destinos de la sociedad, y la tarea de la erradicación de la pobreza y de la marginalización evidencia la necesidad de integrar a todos a la categoría de ciudadano, y se justifica respecto a la mejora de las instituciones democráticas. No parece haber dudas en relación con los demás objetivos: ninguno de ellos valora o desvalora visiones individuales de vida y moral.

El bien común¹³² de la sociedad brasileña, definido por el artículo 3o. y por otros dispositivos de la Constitución, como criterio de evaluación de la

o Estado agir motivado por certos ideais do bem não implica assumir que exista apenas uma concepção moral plausível (pelo contrário —acrescenta—, o perfeccionismo é compatível com um ‘pluralismo de valores’ – com a idéia de que existem múltiplas formas de vida muito diferentes entre si, e todas elas preciosas)” (p. 167).

¹³¹ A menos que se tenga una baja visión del comunitarismo, como la de Gisele Cittadino, que afirma su compatibilidad con múltiples identidades sociales, con una idea de justicia bajo valores compartidos (desde que débilmente) y con una visión de la Constitución que trae como contenido un proyecto social. Bajo dicho prisma, la autora defiende que hay un “constitucionalismo comunitario” en Brasil, a partir del establecimiento de una fundamentación ética para el orden jurídico y de la prioridad a los valores de igualdad y de dignidad. La autora afirma, todavía, que la Constitución de 1988 trae un lenguaje comunitario (Cittadino, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 2a. ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2000).

¹³² Subraya Newton Bignotto que si “a noção de bem público pode nos parecer abstracta, a idéia de que o melhor de todos é a somatória dos interesses particulares também não possui a objetividade alegada por alguns teóricos” (Bignotto, Newton, “Humanismo cívico hoje”, *cit.*, pp. 49-69, en especial p. 64). Además de eso, si la ausencia de concreción es obstáculo para la defensa de un valor o de un principio, no se puede afirmar que el Estado brasileño defienda la libertad y la igualdad o que el constitucionalismo asegura la democracia. Debería, pues, ser completamente descartada la expresión “estado de derecho”. Y más, cabe traer la advertencia de Zygmunt Bauman, sobre la incredulidad en la existencia de un bien común y sus consecuencias: “Como a arte de negociar intereses comuns e um destino compartilhado vem caindo em desuso, raramente é praticada, está meio esquecida ou nunca foi propriamente aprendida; como a idéia do ‘bem comum’ é vista com suspeição, como ameaçadora, nebulosa ou confusa – a busca de segurança numa identidade comum e não em

legitimidad y de la legalidad de la actuación del Estado, no interfiere en la libertad individual. Sus exigencias se relacionan con una noción de igualdad, pero no una igualdad total. Es una noción de bien común que permite la realización de la comunidad política.

El modelo republicano de democracia, que no supone una verdad moral objetiva, aunque abierto al debate respecto a los fines y medios de la sociedad política, impone, sin embargo, la cooperación de los ciudadanos.¹³³

También en el cerner de la idea republicana está la visibilidad de la decisión política. Para Jônatas Machado, el gobierno republicano se caracteriza por la instrucción pública, el derecho de sufragio y la libertad de expresión.¹³⁴ Todavía es posible vislumbrar en el ideal republicano la vinculación de los agentes estatales a las funciones, en una insuperable relación entre su competencia y sus tareas, todas constitucionalmente determinadas, allá de la reserva de autodeterminación individual.¹³⁵

Geraldo Ataliba afirma que el principio republicano es lo más importante del ordenamiento constitucional. La República es la síntesis de todas las instituciones e implica la representación del pueblo en el ejercicio de las funciones públicas. El principio republicano demanda compromiso de los gobernantes con las instituciones y con la función que ejercen. La República exige todavía la libre expresión de las minorías, la existencia de canales de oposición institucional. Aduce tres principios que son la base de las instituciones republicanas: la legalidad, igualdad e intangibilidad de las libertades públicas.¹³⁶

função de interesses compartilhados emerge como o modo mais sensato, eficaz e lucrativo de proceder; e as preocupações com a identidade e a defesa contra manchas nela tornam a idéia de interesses comuns, e mais ainda interesses comuns negociados, tanto mais incrível e fantasiosa, tornando ao mesmo tempo improvável o surgimento da capacidade e da vontade de sair em busca desses interesses comuns” (Bauman, Zygmunt, *Modernidade líquida*, trad. de Plínio Dentzien, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 124).

¹³³ Para Andrea Greppi, dicha visión de Carlos Santiago Nino le aproxima del perfeccionismo de John Stuart Mill y del modelo de ciudadano virtuoso de Rousseau. Todavía, afirma que Nino establece su modelo valioso de ciudadanía sin considerar la voluntad concreta de los individuos (Greppi, Andrea, *op. cit.*, pp. 252 y 253).

¹³⁴ Machado, Jônatas E. M, *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 52 y 61.

¹³⁵ Resalta Eduardo García de Enterría que el contenido de la Constitución, establecido popularmente, determina que “los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales)” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 44 y 45).

¹³⁶ Ataliba, Geraldo, *República e Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985. El autor afirma que los principios de la República y de la Federación “exercem função capitular

La igualdad de acceso a los puestos electivos de poder como elemento del principio republicano es el énfasis de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho y Paulo Gustavo Gonet Branco: una República constitucional presupone la igualdad de condiciones, sin distinciones, en la investidura en el poder y el acceso a los cargos públicos, desde que queden satisfechas las condiciones constitucionales y legales.¹³⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello se dedica al contenido jurídico del principio de igualdad, afirmando la imposición del trato desigual cuando existe un factor diferenciador relevante. La distinción de trato, sin embargo, debe ser adecuado a la diferencia real y coadunarse con los valores y principios constitucionales.¹³⁸

La noción de “Constitución-proyecto” o “*costituzione-indirizzo*” se relaciona no sólo con la atribución de tareas al Estado, sino también a la imposición de funciones a los ciudadanos. A partir de la comprensión de la Constitución como un sistema de valores, no solamente el Estado tiene su poder limitado por la persecución de determinados fines, sino que la sociedad pasa a ser vista como una *universitas*, en la que cada integrante tiene un papel a cumplir para la realización de una empresa colectiva.¹³⁹

Una de las facetas positivadas del ideal republicano en su relación con el ciudadano está en la obligatoriedad del voto. Su aceptación, sin embargo, no es pacífica ante el principio democrático y la idea de libertad. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o voto obrigatório degrada tanto a qualidade quanto a representatividade efetiva dos eleitos”, al desvalorar la decisión de votar y permitir más fácilmente la manipulación.¹⁴⁰

Maurizio Fioravanti se refiere al voto como función, al explicar el modelo estatal de las libertades. En dicha visión, en que el Estado surge como origen de los derechos, la elección de los representantes no significa el ejercicio de una libertad originaria del individuo, tampoco configura una trans-

da mais transcendental importância, determinando inclusive como interpretar os demais”, son reiterados por otras disposiciones constitucionales y configuran un núcleo rígido de la Constitución (Ataliba, Geraldo, “Eficácia dos princípios constitucionais—República—Periodicidade e alternância—Reeleição das mesas do Legislativo”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, núms. 55 y 56, julio-diciembre 1980, pp. 166-170.

¹³⁷ Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires y Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 147.

¹³⁸ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 21.

¹³⁹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti...*, *cit.*, pp. 136 y 139.

¹⁴⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Representatividade e democracia”, en Rocha, Cármen Lúcia Antunes y Velloso, Carlos Mário da Silva (coords.), *Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pp. 41-53, en especial p. 43.

ferencia de poder. Existe el ejercicio de una función, “aquella de designar, no interesse público e sobre a base exclusiva do direito positivo estatal, aqueles que terão a tarefa de expressar a soberania do Estado em forma de lei”.¹⁴¹

El ideal republicano y el Estado social exigen del ciudadano: una postura más activa de lo que la posición liberal clásica. Les cobran un sentimiento de participación y compartición de destino, una preocupación creciente con la colectividad y una solidaridad, por lo menos objetiva y económica.

Se pasa a exigir del individuo no sólo la elección de candidatos y su mínima vigilancia. El voto periódico, que aprueba o desaprueba mandatarios o adhiere a determinada candidatura, no es suficiente. Una ciudadanía activa es ahora reivindicada, como lo es una democracia más allá del momento electoral, una opinión pública que supere el resultado de las urnas y los sondeos de opinión.

Del ciudadano se exige un papel de protagonismo, no sólo en la defensa de sus derechos, sino también “en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes”, en una actuación.¹⁴²

Además de los deberes ciudadanos, el principio republicano reclama un sentimiento constitucional.¹⁴³ Una compartición de valores —aunque finos— que permitan la configuración de una comunidad jurídica.

En el hoy, la cuestión de la ciudadanía se encuentra insertada en una lógica de mercado. Se habla del usuario, los derechos contra el Estado, y los deberes republicanos son excluidos del discurso. Quizá al efecto del vaciado de la política, quizá de la incredulidad en la democracia.¹⁴⁴

¹⁴¹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti... cit.*, p. 47: “...che è quella di designare, nell’interesse pubblico e sulla base esclusiva del diritto positivo statale, coloro che avranno il compito di esprimere la sovranità dello Stato in forma di legge”.

¹⁴² Montufar, Cesar, “Antipolítica, representación y participación ciudadana”, *Ecuador Debate*, Quito, núm. 62, agosto de 2004. www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm. El autor se refiere a cuatro líneas de acción: exigencia y expansión de derechos y garantías; control, vigilancia y petición de cuentas; colaboración con la autoridad y fortalecimiento institucional; e innovación política.

¹⁴³ Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, Brasil sufre de “uma das piores pragas que pode corroer a prática jurídica e democrática de um povo: o desconhecimento ou a não vivência do sentimento constitucional” (Rocha, Cármen Lúcia Antunes, “A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição”, *Paraná Eleitoral*, Curitiba, núm. 30, 1998).

¹⁴⁴ “...o outro lado da individualização parece ser a corrosão e a lenta desintegração da cidadania”. “Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O ‘público’ é colonizado pelo ‘privado’; o ‘interesse público’ é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública

III. ENTRE LA DEMOCRACIA Y EL CONSTITUCIONALISMO

En la realidad brasileña actual, la política se ha vuelto una cuestión jurídica. Como en este estudio también se debatirá el papel del Poder Judicial en el control de las elecciones y por lo tanto, en la garantía de la calidad de la democracia, cabe iniciar un duro debate.

A partir de las nociones constitucionales de democracia y de Estado de derecho, es necesario enfrentar la cuestión central de la teoría constitucional: los límites constitucionales de las decisiones democráticas y, por consiguiente, el papel de la jurisdicción constitucional en la garantía de la observancia de dichos límites. Como afirma Gustavo Zagrebelsky, “la función del tribunal (constitucional) es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia”.¹⁴⁵

En primer lugar, es necesario resaltar el trato dado por el pensamiento liberal a la esfera pública. Benjamin Constant pone en relieve que la existencia de los individuos no puede estar sometida a la disposición de los ciudadanos: una parte de la vida debe quedarse al margen de la disputa social: “onde começa a independência e a existência individual termina a jurisdição da sociedade”. Entre las materias ajenas al legislador están los derechos individuales anteriores e independientes de la autoridad política, como la libertad individual, religiosa, de opinión y expresión, el gozo de la propiedad y la garantía contra todo alto arbitrario.¹⁴⁶ Existe una división entre lo que es puramente individual —pero que exige la protección estatal contra su violación, por el Estado o por otros individuos— y lo que dice res-

das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As ‘questões públicas’ que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis” (Bauman, Zygmunt, *Modernidade líquida*, trad. de Plínio Dentzien, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 46).

¹⁴⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *Princípios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008 [2005], p. 11.

¹⁴⁶ Constant, Benjamin, *Princípios políticos constitucionais: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França*, trad. de Maria do Céu Carvalho, Río de Janeiro, Liber Juris, 1989 [1815], pp. 63-70. Escribiendo tras la Revolución francesa y el terror, el autor afirma: “o reconhecimento abstrato da soberania do povo não acrescenta nada na liberdade dos indivíduos e caso se lhes atribua uma dimensão ilimitada pode perder-se a liberdade” (p. 62). Roberto Gargarella afirma que las decisiones sobre privacidad no deben ser tomadas ni por el legislador ni por los tribunales, sino por el individuo Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo...”, *cit.*

pecto a la comunidad, al conjunto de ciudadanos, y que debe ser decidido por todos.¹⁴⁷

Sin embargo, la elección entre los principios que deben orientar la vida en común y los derechos reconocidos y protegidos por el Estado, con la definición de lo que es de autonomía individual y lo que constituye la esfera pública se somete, a partir de la adopción del constitucionalismo, a una decisión constituyente. Ésta supone una intención fundadora y permanente, o por lo menos, la constitución de un núcleo que tiende a permanecer a lo largo del tiempo. De alguna forma, esto ofende la autonomía individual de los individuos del futuro, sin problematizar la falta de consentimiento o el consentimiento erróneo de los individuos contemporáneos al acto constituyente.

Así, se impone la cuestión del embate entre el constitucionalismo y la democracia. Dicho conflicto aparece en los debates entre los padres fundadores de los Estados Unidos. El alcance de las decisiones constituyentes, el espacio de la configuración legislativa y el papel del control judicial de constitucionalidad dividen los idealizadores de una Constitución que no vale se exterioriza como un pacto entre el rey y la sociedad, sino que es un pacto de la sociedad consigo misma.¹⁴⁸

Para Pietro Costa, la relación entre democracia y Constitución en la segunda mitad del siglo XX busca presentar una solución para la tensión entre el poder y el derecho, entre volutas y ratio, pretendiendo dar respuesta a la idea de un poder supremo e irresistible y a la exigencia de limitar ese poder, “de enlazar la volutas soberana a una medida indiscutible, a un derecho inderrogable, a una ratio superior”. La relación entre soberanía y derechos se establece, sin embargo, a partir de términos casi opuestos: mientras

¹⁴⁷ Esa visión, no obstante, retomada de manera distinta por Stephen Holmes, puede llevar a una negación de la garantía de libertad. Stephen Holmes debate sobre *gag rules*, reglas-mordaza, afirmando que para que la democracia sea posible, algunos temas son alejados del debate público —como, ejemplifica, la cuestión de la esclavitud en el inicio de la existencia de los Estados Unidos—, las puniciones para los dictadores en época de transición para la democracia, las cuestiones religiosas, el aborto, temas que provocarían una cisión tal vez insuperable en la sociedad. El propio autor reconoce, no obstante, que evitar el conflicto puede volver el régimen un rehén del conflicto (Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], pp. 49-88).

¹⁴⁸ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], pp. 217-262, en especial p. 231.

la soberanía está ligada a un pueblo señor de su destino, los derechos tienen una base individualista.¹⁴⁹

Conforme explica Stephen Holmes, lo que la Constitución instituye es un precompromiso. Una decisión, con la cual se comprometen los ciudadanos, y que ata las manos de esa y de futuras generaciones en relación con determinados temas —lo que, bajo ese prisma, muestra que el constitucionalismo es, esencialmente, antidemocrático. Para el autor, no obstante, la alegada tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos del pensamiento político moderno. La autolimitación del pueblo por sí misma, evidencia más una incoherencia en vez de una tensión. Sin embargo, más que un obstáculo, la existencia de amarras garantiza la libertad— la libertad de esa generación o de las generaciones futuras, que cuentan con una estructura democrática consolidada y que dificulta decisiones como las que implican la renuncia de la libertad. Para evitar que los dispositivos constitucionales sean unas ataduras demasiado estrechas para las generaciones futuras, el texto tiene muchas disposiciones ambiguas y términos abiertos.¹⁵⁰

Bruce Ackerman analiza esa cuestión a partir de su distinción entre momentos constituyentes y periodos de política normal. En éstos, no se puede considerar que el pueblo se manifiesta por el Congreso o por la Suprema Corte: en la Constitución es donde reside la voluntad del pueblo. Y para que los representantes políticos, en la defensa de intereses particulares, no alejen la voluntad del pueblo, el control judicial de constitucionalidad es imperioso.¹⁵¹

¹⁴⁹ “...di vincolare la voluntas sovraña a una misura indiscutibile, a un diritto inderogabile, a una ratio superiore” (Costa, Pietro, *Democrazia...*, cit., pp. 8, 9 y 14). La solución, dada por los Estados Unidos, es la de conferir la tutela de los derechos fundamentales a un órgano jurisdiccional (p. 31).

¹⁵⁰ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *op. cit.*, pp. 217-262. El autor presenta como respuesta a lo paradojo, la necesidad de restricción de la voluntariedad para conservar la voluntariedad: “el compromiso previo es moralmente permisible, siempre que refuerce la prohibición de la autoesclavización. Entre sus otras funciones, la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava” (p. 260). Cuestión negada por la tradición revolucionaria francesa: Sieyès afirma que “uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercar o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir” (Sieyès, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa, Que é o terceiro estado?*, trad. de Norma Azeredo, Río de Janeiro, Liber Juris, 1986 [1789], p. 119).

¹⁵¹ Ackerman, Bruce, “¿Um neofederalismo?...”, *cit.*, pp. 176-216, pp. 191 y 192 y 194. Su concepto de “democracia dualista” es trabajado en el primer capítulo de “*nós, o povo*

La imposibilidad de una relación totalmente adecuada entre Constitución y la realidad es acentuada por Karl Loewenstein. El filósofo alemán afirma que las Constituciones de los Estados liberales democráticos pluralistas revelan el compromiso posible entre las fuerzas sociales que están representadas en el proceso constituyente para la búsqueda de un equilibrio. Como dicho equilibrio es temporario, la Constitución debe poseer “escapes” que permitan su adaptación a las futuras necesidades.¹⁵²

La necesidad del control de constitucionalidad al menos en los Estados que adoptan una Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico, no parece encontrar muchos adversarios. La cuestión es establecer el lugar de dicho control.¹⁵³

En la década de los años treinta del siglo XX, se establece un debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre quien debería ser el “guardián de la Constitución”. Partiendo de diferentes conceptos de Constitución —mientras Schmitt la considera como una decisión política fundamental sobre la forma y el tipo de la unidad política,¹⁵⁴ Kelsen la considera una norma jurídica—,¹⁵⁵ los autores defienden diferentes formas de control de constitucionalidad.

Para Carl Schmitt, una decisión política no debe ser objeto de control por un tribunal. Además de eso, una norma no puede ser garantía de otra norma. Discrepa de Kelsen y afirma que existe una distinción esencial entre la función política —que elabora normas jurídicas— y la función jurisdiccional, que decide a partir de la aplicación de una ley. Sólo es aceptable el alejamiento por el juez de la aplicación de una ley ordinaria para aplicar directamente una norma constitucional.¹⁵⁶ El guardián de la Constitución,

soberano” (Ackerman, Bruce, *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*, trad. de Mauro Raposo de Mello, Belo Horizonte, Del Rey, 2006 [1991] pp. 3-45).

¹⁵² Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 163 y 164. Para el autor, el control judicial de constitucionalidad siempre tiene carácter político, configurándose como una decisión política (p. 309).

¹⁵³ Para Paulo Bonavides, existe entendimiento pacífico en relación con la necesidad de alejar del ordenamiento jurídico leyes contrarias a la Constitución. “*As dificuldades principiam porém quando se trata de alcançar os meios com que expungir do sistema normativo as leis constitucionais*” (Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 297).

¹⁵⁴ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, trad. de Jeffrey Seitzer, Chicago, Duke University Press, 2008 [1928], p. 3.

¹⁵⁵ Kelsen, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1945], primera parte, capítulo X.

¹⁵⁶ “Apenas a subsunção ao fato típico do regulamento da norma constitucional possibilita o juiz (não privar a lei ordinária de validade, mas, sim, como se expressa o tribunal do Reich) negar aplicação à lei ordinária ou, mais precisamente, subsumir, em vez de a seus fatos típicos, a aqueles da lei que tem primazia e, assim, decidir o caso presente. Na verdade, isso não é uma abjuração da validade, mas uma não aplicação da lei ordinária ao caso

de la decisión política fundamental, debe ser aquél que representa la unidad del Estado: el presidente del Reich, como poder neutral y verdaderamente independiente y con legitimidad democrática directa.¹⁵⁷

Hans Kelsen, idealizador del tribunal constitucional austríaco, coherentemente con su concepto de Constitución como norma jurídica, defiende un control judicial concentrado y exclusivo. Los actos del gobierno y del Parlamento deben ser sometidos a un control de constitucionalidad por un órgano independiente, para que la función constitucional de limitar jurídicamente el poder político se cumpla. Aunque defiende que la sentencia judicial es un acto de creación del derecho y que el tribunal constitucional actúa como un legislador negativo, afirma que eso es irrelevante para determinar quién debe ser el guardián de la Constitución: lo importante es permitir el debate de los argumentos, lo que es garantizado por el proceso judicial.¹⁵⁸

Aunque Kelsen señale como defecto del pensamiento de Schmitt no admitir la posibilidad de violación de la Constitución por el presidente del Reich,¹⁵⁹ su construcción tampoco parece, en un primer momento, admitir la posibilidad de violación de la Constitución por el tribunal constitucional. En disputas realizadas en el Instituto Internacional de Derecho Público, en 1928, sin embargo, Kelsen reconoce que ante principios incorporados a la Constitución que se manifiestan por términos como “equidad”, “moralidad”, “justicia”, “libertad” e “igualdad”, tanto los órganos legislativos como los órganos de aplicación del derecho pueden darles significado, no obstante, en sede de jurisdicción constitucional, la eventual falta de respeto a un pretendido contenido de dichos principios no puede llevar al alejamiento de la norma jurídica por el tribunal constitucional, con excepción de si la Constitución indica criterios objetivos para su comprensión.¹⁶⁰

concreto ocurrida devido à aplicação da norma constitucional” (Schmitt, Carl, *O guardião da Constituição*, trad. de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2007 [1931], p. 24).

¹⁵⁷ Punto central de su crítica al Tribunal Constitucional creado por Kelsen y tema de su obra específica: Schmitt, Carl, *O guardião...*, *cit.*, principalmente su tercera parte. Para el autor, la adopción del control concentrado de constitucionalidad realizado por un tribunal conlleva a la creación de una nueva Cámara legislativa, formada por funcionarios de carrera, una “aristocracia da toga”, lo que no encontraría ningún respaldo desde el punto de vista democrático (p. 228).

¹⁵⁸ Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, trad. de Alexandre Krug, São Paulo, Martins Fontes, 2003 [1928], pp. 237-298.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 292.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 169: “as disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque

Acentúa Karl Loewenstein, la inconveniencia de la sustitución de decisiones políticas de los órganos políticamente responsables —gobiernos y legisladores— por juicios políticos “camuflados en forma de sentencia judicial”, con la transformación de un tribunal en árbitro supremo del proceso de poder, llevando a una “judicialización de la política” y a una judicocracia.¹⁶¹

Otto Bachof analiza la extensión del control por el Poder Judicial establecido por la Ley Fundamental de 1949 y la relaciona a un cambio en la historia del espíritu, con la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador y con una desconfianza con relación a la ley, derivada de la experiencia nazista. Ante la necesidad de proteger un orden de valores anteriores al derecho, ese papel debe caber al juez, que cuenta con un carácter representativo y una suficiente autoridad, órgano del pueblo como los demás, y en constante diálogo con la opinión pública. Para el autor, el tribunal constitucional no es soberano porque sólo actúa represivamente y no tiene iniciativa. Y afirma: “precisamente la jurisprudencia constitucional y el auge que ella imprime a la discusión pública sobre los valores decisivos puede contribuir decisivamente al nacimiento y consolidación de una conciencia general valorativa”.¹⁶²

só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juizes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional”.

¹⁶¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976 [1961], p. 325. Para Pietro Costa, la defensa de un control judicial de constitucionalidad —y, por consiguiente, de defensa de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales contra la democracia mayoritaria— se basa en una convicción tradicional del “carattere meramente logico-razionale (sillogistico) dell’interpretazione giudiziale del diritto: il giudice è l’organo della ragione imparziale ed oggettiva e come tale difende il diritto dai contraccolpi della volontà del principe”, lo que no más se sostiene (Costa, Pietro, “*Democrazia...*”, *cit.*, pp. 65 y 66).

¹⁶² Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, Civitas, 1985 [1959].

Como Otto Bachof, Gustavo Zagrebelsky fue miembro del tribunal constitucional de su país. Zagrebelsky afirma que el tribunal constitucional no decide sobre la Constitución, sino según la Constitución, y opera en un campo donde no se admiten mayorías y minorías políticas. La jurisdicción constitucional se legitima democráticamente y limita “la cantidad de democracia para preservar su calidad”, actuando en una función republicana, protege a la República limitando la democracia.¹⁶³

La Francia contemporánea ostenta un control político de la constitucionalidad de las leyes, realizado por el Consejo Constitucional.¹⁶⁴ Dicho órgano es formado por nueve miembros libremente¹⁶⁵ elegidos por tres autoridades —tres por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado— que actúan por un mandato no renovable de nueve años. La indicación es realizada por una tercera parte cada tres años, con el nombramiento de un miembro por autori-

¹⁶³ Zagrebelsky, Gustavo, *Principios...*, cit., pp. 22, 41, 101 y 102. En esta obra, el autor describe el funcionamiento del tribunal constitucional italiano: después de la presentación del caso y de los debates públicos, los jueces se reúnen para una deliberación separada de la audiencia y su manifestación es siempre la decisión del tribunal, sin que se haga referencia a los votos disidentes o que se identifique la posición personal de cada juez. El debate sobre el tema se hace en la sala de deliberaciones y el tribunal se muestra con un carácter colegial y unitario. El tribunal Constitucional puede, todavía, ante la imposibilidad de un acuerdo entre los jueces o del peligro de interferencias de la actividad legislativa en curso o aún ante obstáculos técnicos o de riesgos de consecuencias no controlables, cualificar una cuestión como “inadmisible”, que lleva a otro momento o a otro lugar la decisión sobre el tema.

¹⁶⁴ Creado por la Constitución de 1958, se trata de “un organe sans précédent dans la tradition républicaine de la France” (Pactet, Pierre, *Institutions politiques: Droit constitutionnel*. 11a. ed., París, Masson, 1992, p. 463). Además del control de constitucionalidad, el Consejo Constitucional actúa en la definición de lo que es materia legal y de lo que está en el campo del poder reglamentario (como un juez regulador de las competencias) y también como juez electoral, en la recepción de las presentaciones de candidaturas, en la fiscalización de los procedimientos electorales y de la apuración, en la proclamación de los resultados (en el caso de las elecciones presidenciales) y en la apreciación de los hechos electorales relacionados con la presentación de las candidaturas, de la regularidad de las operaciones electorales, del cuestionamiento de inelegibilidades e incompatibilidades en la elecciones legislativas. Se resalta que “*tout électeur inscrit*” puede proponer acciones electorales que serán apreciadas por el Consejo Constitucional. Sobre el papel del Consejo Constitucional, ver la tabla traída por Pierre Pactet en las páginas 485-487.

¹⁶⁵ “Le Conseil est constitué de neuf membres nommés pour neuf ans. Trois sont nommés par le Président de la République; il s’agit là pour lui d’un pouvoir qu’il exerce sans contre-seing. Trois sont nommés par le Président du Sénat et trois par le Président de l’Assemblée Nationale; dans ces cas également, il s’agit d’un pouvoir propre exercé personnellement par les Présidents des Assemblées et qui n’est pas soumis à une quelconque approbation des organes qu’ils président” (Lascombe, Michel, *Droit constitutionnel de la Vème République*, Paris, L’Harmattan, 1992, pp. 255 y 256).

dad. Además, son miembros de derecho, los ex-presidentes de la República. El presidente de la República determina libremente al presidente del Consejo entre sus miembros.

El control de constitucionalidad es dado entre la aprobación de la ley por el Poder Legislativo y su promulgación por el presidente da República y puede ser evocado por las “cuatro autoridades” —presidente de la República, primero ministro, presidente de la Asamblea Nacional y presidente del Senado— y a partir de 1974, también por sesenta diputados o sesenta senadores.¹⁶⁶ La apreciación por el Consejo Constitucional antes de la promulgación es obligatoria, en el caso de las *lois organiques*¹⁶⁷ y de las regulaciones de las cámaras legislativas.

El control previo por el Consejo Constitucional evita que una ley contraria a la Constitución entre en vigor. Pierre Pactet acentúa que el control es jurisdiccional —no se trata de apreciación sobre la equidad o sobre la oportunidad, sino solamente sobre el derecho—,¹⁶⁸ no es sistemático y no actúa en las *lois référendaires* y en las leyes de revisión constitucional. El Consejo, en la apreciación de la constitucionalidad, no está limitado a los argumentos y a los artículos señalados en la petición, pues la conformidad con el texto constitucional, y por lo tanto, la validez de la ley, es materia de orden público. Sus decisiones son inapelables y se imponen a los poderes públicos y a las autoridades jurisdiccionales y administrativas.¹⁶⁹

El control de la adecuación de la ley se hace por el “bloc de constitutionnalité”, formado por las disposiciones constitucionales, por el preámbulo de la Constitución de 1958 (que hace referencia al preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del

¹⁶⁶ En 1990 fue presentado un proyecto de revisión constitucional que pretendía permitir a cualquier ciudadano arguir ante cualquier juez o tribunal la inconstitucionalidad de las disposiciones de una ley en relación con los derechos fundamentales. No hubo, sin embargo, aprobación de las medidas. En 2008, no obstante, se añade a la Constitución francesa el artículo 61-1, con la siguiente redacción: “lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article”.

¹⁶⁷ Asemejadas a las leyes complementarias del ordenamiento jurídico brasileño, pues son expresamente previstas en la Constitución y cuentan con un proceso legislativo específico que exige aprobación por mayoría absoluta de las casas legislativas.

¹⁶⁸ Y eso, para Michel Lascombe, es lo que aleja la crítica que compara el Consejo Constitucional a una tercera Cámara (Lascombe, Michel, *op. cit.*, p. 275).

¹⁶⁹ Pactet, Pierre, *op. cit.*, pp. 469-473. Michel Lascombe habla en “autoridad de sentencia firme” en las decisiones del Consejo Constitucional (Lascombe, Michel, *op. cit.*, p. 278).

Ciudadano de 1789) y por fuentes no escritas: los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” (que, según la jurisprudencia del Consejo Constitucional, incluyen la libertad de asociación, la libertad de enseñanza, el respeto a los derechos de defensa y la independencia de la justicia administrativa), los “principios particularmente necesarios a nuestro tiempo” (como el derecho de huelga, el principio de la igualdad de género, la libertad sindical y el principio de la prohibición del uso de la fuerza contra la libertad de un pueblo) y los “objetivos de valor constitucional” (como la continuidad del servicio público, la salvaguarda del orden público, la limitación a la concentración de los medios de comunicación social y la libertad personal del asalariado).¹⁷⁰

La institución del Consejo Constitucional en Francia pone en jaque dos principios fundamentales de aquel derecho constitucional: la primacía de la ley¹⁷¹ y la soberanía del Parlamento.¹⁷² Su composición específica, con indicación directa de los mandatarios con legitimidad electoral, y la temporalidad de los mandatos, sin embargo, parecen minimizar las críticas que se ponen en contra de esa modalidad de control de constitucionalidad. Además, respetando la tradición francesa, impide el juez de alejar la aplicación de una ley por considerarla inconstitucional.

Algunas Constituciones atribuyen al Poder Legislativo la responsabilidad de verificación de la conformidad de la ley con la Constitución. La Constitución de Holanda establece un proceso legislativo que exige la aprobación de las dos Cámaras, ambas electas por el sistema proporcional, y la ratificación del rey. El artículo 120 expresamente prohíbe el análisis de constitucionalidad de la ley por el Poder Judicial.¹⁷³

Aunque la democracia moderna se identifique con la soberanía del Parlamento, ella es también constituida por la imposición de límites al legislador, por medio de la Constitución. Permitir que el Poder Legislativo sea el guardián de sus propios límites parece suponer un legislador absolutamente virtuoso.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Lascombe, Michel, *op. cit.*, pp. 268-272.

¹⁷¹ Añadida a la enumeración de las materias reservadas a la ley, con el reconocimiento de la competencia reglamentaria para los demás temas, hecha por el artículo 34 de la Constitución francesa de 1958.

¹⁷² Para Maurice Hauriou, defensor de un control jurisdiccional difuso de constitucionalidad para la Francia, “hay una última Bastilla que demoler, que es la creencia en la soberanía del Parlamento” (Hauriou, Maurice, *op. cit.*, p. 156).

¹⁷³ Article 120, “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”.

¹⁷⁴ Así Hans Kelsen analiza la hipótesis: “o órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Consti-

Teórico de la democracia deliberativa, Carlos Santiago Nino propone que el Poder Judicial goce de una especie de veto, que devolvería la apreciación para el Poder Legislativo.¹⁷⁵ En este punto, se aproxima a John Stuart Mill, cuya teoría democrática es vista por Nino como indicando un punto de vista perfeccionista, en la que la democracia desempeña el papel de promover determinados valores en los individuos. Para Mill, de los “três membros coordenados da soberania”, quien debe tener la supremacía del Estado son los representantes del pueblo. El gobierno representativo exige que se asegure “ao corpo representativo o controle de tudo em última instância”.¹⁷⁶

Roberto Gargarella defiende “un mayor protagonismo ciudadano en la resolución de los asuntos públicos”, pero cuestiona, ante las fallas del sistema representativo y de la práctica parlamentaria, que el Poder Legislativo tenga el último control sobre su propia actividad (lo que sería presumir su infalibilidad). Como crítica de manera ácida la actuación del Poder Judicial en el control de constitucionalidad, indica soluciones intermediarias, como la actuación de grupos de presión de los sectores con menos expresión política, la introducción de jurados y jueces legos para la democratización de la justicia, la alteración en la forma de nombramiento de los magistrados y la restricción de la actuación del tribunal constitucional como un legislador negativo. Reconoce las posibles críticas a esas soluciones, pero reafirma

tuição, quando ele teoricamente o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional” (Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, trad. de Alexandre Krug, São Paulo, Martins Fontes, 2003 [1928], p. 150). Carl Schmitt dedica un capítulo de su libro para analizar “a justiça como guardiã da Constituição” y otro para defender “o Presidente do Reich como guardião da Constituição”: el Parlamento es visto como un espacio pluralista que conlleva a la desagregación de la unidad estatal (Schmitt, Carl, *O guardião...*, cit.

¹⁷⁵ Nino, Carlos Santiago, *Derecho...*, cit. Algo similar, aunque con sentido inverso, fue previsto en la Constitución brasileña otorgada (y jamás aplicada) de 1937, Artículo 96 – “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

¹⁷⁶ Mill, John Stuart, *Gobierno Representativo*, trad. de E. Jacy Monteiro, São Paulo, Ibrasa, 1964 [1861], pp. 60-62. Eduardo García de Enterría acentúa la posición jacobina de ver la Asamblea Representativa como el lugar donde posa el espíritu santo (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución...*, cit., p. 164).

la necesidad de seguir pensando sobre la tensión entre democracia y “justicia”. Afirma, finalmente, que el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes tiene dos tareas principales: asegurar las condiciones del debate democrático y garantizar una esfera de inviolable autonomía individual.¹⁷⁷

En realidad, ante la comprensión de los derechos fundamentales como ventajas en contra de la mayoría, como en la visión de Ronald Dworkin y Jorge Reis Novais, dejar al Poder Legislativo (y así, a la representación de la policía que decidirá por el criterio mayoritario) la última palabra es un contrasentido.¹⁷⁸ Además, existe una cierta desconfianza con relación al Poder Legislativo, principalmente en lo que se refiere a su actuación en los Estados totalitarios del siglo XX. No obstante, el resultado es una responsabilidad excepcional de los *tribunales constitucionales*, que acaban ejerciendo en la práctica un verdadero “amending power”.¹⁷⁹

Para Ronald Dworkin, la jurisdicción constitucional es necesaria para asegurar que aquello que la Constitución puso para más allá del debate político no sea remplazado por decisiones mayoritarias, aunque sea obedecido el procedimiento democrático. Dichos derechos, libertades y garantías que no están sometidos a las preferencias son cartas de triunfo que pueden ser opuestas a la mayoría por el individuo.¹⁸⁰ El papel de los jueces en la protección de los individuos en contra de la mayoría deriva del reconocimiento de que las restricciones constitucionales a la deliberación democrática son

¹⁷⁷ Gargarella, Roberto, *La justicia...*, *cit.*, pp. 83, 103, 112-119, 174, 262-265. En otra obra, el autor presenta el “constitucionalismo popular” defendido por Larry Kramers, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, entre otros, que desea “sacar la Constitución de las manos de los tribunales”, alejar la “sensibilidad antipopular” que marca la comunidad jurídica, defender la ciudadanía como protagonista de la interpretación constitucional, realizar un análisis más profundo sobre los reales efectos del control judicial de constitucionalidad (alejando, por ejemplo, la fuerza que parece tener la decisión en el caso *Brown vs. Board of Education*) y fomentar la participación popular no institucionalizada (Gargarella, Roberto, “Uma disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el «constitucionalismo popular» frente a la teoría de Carlos Nino”, *cit.*, pp. 203-218, pp. 206-211).

¹⁷⁸ Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 133, 157 y 158.

¹⁸⁰ Nuevamente aproximándose Carlos Santiago Nino de Ronald Dworkin, se afirma que el reconocimiento de los derechos humanos como límites insuperables para las decisiones mayoritarias compatibiliza el derecho y la moral (Greppi, Andrea, “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino”, en Rosenkrantz, Carlos y Vigo, Rodolfo L. (comp.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Mexico, Fontamara, 2008, pp. 229-259, p. 245).

estructurales para la democracia, son exigencias de la integridad como expresión de principios políticos y morales.¹⁸¹

Dicha posición es compatible con el concepto del estado de derecho *centrada nos direitos*, manifestada por el *autor*. Ella exige que los jueces tomen decisiones políticas, basados en derechos morales más allá de los establecidos en las reglas jurídicas, desde que no contraríen ningún principio, lo que sería incompatible con el ordenamiento. Dworkin aleja el argumento de que la actuación de los jueces en la decisión sobre cuestiones de derechos ofende la democracia. Afirma que el legislador no está en una posición privilegiada con relación al juez para decidir estos casos. Aduce, todavía, que ante la desigualdad real de poder político entre los ciudadanos, la transferencia de determinadas cuestiones para el Poder Judicial, permitiendo el acceso al menos de las minorías organizadas, puede llevar a la promoción del ideal democrático de la igualdad de poder político.¹⁸²

Para Ronald Dworkin, la democracia no se identifica con el principio mayoritario. Pues señala otro valor para la democracia, relacionado con el tratamiento de todos los ciudadanos con igual consideración y respeto, a partir de la estructura, de la composición y de las prácticas de las instituciones políticas. Esa igual consideración y respeto es que confiere legitimidad a las decisiones colectivas tomadas por el principio mayoritario, y no por el apoyo de la mayoría de los ciudadanos o de los representantes. A eso el autor denomina democracia constitucional.¹⁸³

¹⁸¹ Dworkin, Ronald, *Liberalismo...*, *cit.*, pp. 32, 53, 71 y 75. El autor incluyó entre las garantías constitucionales de carácter, estructural aquéllas que componen el “principio de la independencia”, que permiten al individuo el juicio político, moral y ético, como la libertad de expresión, de asociación y de religión y la tolerancia a la moralidad personal.

¹⁸² Dworkin, Ronald, *Uma questão de princípio*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 15, 16, 26, 27, 31 y 32. El autor advierte cuanto la adopción de sus razonamientos en la Gran Bretaña (afirmando, sin embargo, la posibilidad de alteración para una prestación jurisdiccional más política), afirmando que los estadounidenses “são fascinados pela idéia dos direitos individuais, que é o signo zodiacal sob o qual seu país nasceu” (p. 37). El texto utilizado aquí —Os juízes políticos e o Estado de Direito— fue publicado originalmente en 1978.

¹⁸³ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 17. Karl Loewenstein utiliza el término “democracia constitucional” para referirse al “sistema político bajo el que la totalidad del «pueblo» —organizado como electorado y movilizado para la acción política por los partidos— participa libremente en el proceso del poder. El electorado adquiere con esto la categoría del detentador supremo del poder ejerciendo un control final sobre el gobierno y el parlamento” (Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 326).

Con relación a esa línea de pensamiento, o al “direito pressuposto” de Georg Jellinek¹⁸⁴, cabe una crítica. Al legitimar la actuación de los jueces del tribunal constitucional como lectores de la moralidad pública —en un proceso en que “a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação”—¹⁸⁵ se pone su actuación más allá de los controles democráticos, característicos de un Estado de derecho.

John Hart Ely hace una crítica a la utilización de valores personales de los jueces en la fundamentación de sus decisiones, sean declarados o no. Afirma la inexistencia de un conjunto de principios morales objetivos que puedan ser aprehendidos y así servir de base para las decisiones judiciales.¹⁸⁶ Cabe aquí la exhortación de Gustavo Zagrebelsky: “nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es sí el legislador pudo razonablemente dictar tal ley”.¹⁸⁷

Para Ingeborg Maus, el concepto de Constitución es alterado cuando el Poder Judicial asume el papel de realizar el interés social y de sustituir la formación de la voluntad política por discursos de moralidad presuntamente pública deja de ser un “documento de institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Georg Jellinek establece una relación peculiar entre Estado y derecho, afirmando que el Estado es capaz de ordenar el derecho, pero no de crearlo, y que cabe al Tribunal Supremo decidir los conflictos con el derecho presupuesto (Jellinek, Georg, *op. cit.*, p. 55 y nota 81).

¹⁸⁵ Maus, Ingeborg, “Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdiccional na «sociedade órfã»”, trad. de Martonio Lima y Paulo Albuquerque, *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, núm. 58, p. 183-202, noviembre de 2000 [1989], p. 186.

¹⁸⁶ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, capítulo 3.

¹⁸⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *Principios...*, *cit.*, p. 82.

¹⁸⁸ Maus, Ingeborg, *op. cit.*, p. 183-202, en especial p. 192. Para la autora, la actuación del Poder Judicial con fundamento desde puntos de vista morales, descalifica la base social y puede transformar cualquier caso en jurídicamente relevante (p. 201). En Brasil, eso viene ocurriendo de manera preocupante. Véase, como ejemplo, las decisiones del Consejo Nacional de Justicia y del Supremo Tribunal Federal sobre la contratación de parientes para puestos de confianza y las manifestaciones del Tribunal Electoral y del Supremo Tribunal Federal sobre el transfuguismo: la función moral subyuga la fundamentación jurídica (aunque se mantenga en la retórica argumentativa el intento de juridificar los argumentos).

El desafío está en evitar un moralismo en esta lectura moral de la Constitución propuesta por Dworkin. La moralidad pública¹⁸⁹ debe ser leída como un referente al debate político —se debe pensar en la lectura moral asociada a la integridad¹⁹⁰ y a la tolerancia—.

Jorge Reis Novais trabaja la noción de Dworkin de derechos fundamentales como triunfos, afirmando la existencia de una oposición insuperable entre los derechos fundamentales y el poder democrático, negada por la democracia deliberativa. No existe una amplia libertad del legislador: él es limitado en su conformación por la obligatoria preservación de los derechos fundamentales, que reservan a los individuos, posiciones jurídicas que aseguran su libertad de adoptar una concepción de vida buena. Dicha idea de derechos fundamentales como triunfos, garantiza la fuerza normativa de la Constitución y está garantizada por la jurisdicción constitucional, que profiere una decisión jurídica sobre la contradicción entre la decisión política mayoritaria y los límites jurídico constitucionales, necesariamente basada en los valores constitucionales y conforme parámetros objetivos, “sob pena de violação dos seus limites funcionais”.¹⁹¹

John Hart Ely, parte del control judicial de constitucionalidad, defendiendo la posibilidad de conciliación entre dicho control y la democracia a partir de las restricciones de la actividad del juez, vinculadas al objeto que debe buscar: vigilar el proceso de representación como un árbitro, mantener abiertos los canales de alternancia política y facilitar la representación de las minorías. Apenas con esos fundamentos es que el Poder Judicial es autorizado para apartar decisiones democráticas, tomadas por representantes electos democrática y políticamente responsables. Así, la Suprema Corte no debería actuar como un consejo de revisión legislativa, sino garantizar la igualdad en el proceso político y el acceso de las minorías.¹⁹²

¹⁸⁹ Para Dworkin, la moralidad desempeña su papel en la teoría del derecho en dos momentos: en la etapa teórica (*jurisprudencial stage*), al atribuir valor a las prácticas jurídicas, y en la etapa adjudicativa, al realizar la justicia (Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 20 y 21).

¹⁹⁰ Ronald Dworkin trata la integridad política como la imposición al Estado de gobernar por medio de un conjunto coherente de principios políticos que beneficien a todos los ciudadanos (Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 13).

¹⁹¹ Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, pp. 17-28, 40 y 60. El autor afirma que el problema está en establecer una respuesta jurídico-dogmática a la tensión entre estado de derecho y democracia, entre libertad personal y libertad política; la adjetivación de la democracia da cuenta sólo de la cuestión filosófica (p. 24).

¹⁹² Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 17-28, 40 y 60. El autor es enfático: “in a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is

Ronald Dworkin critica a John Hart Ely, afirmando que su concepto estadístico de la democracia¹⁹³ implica el reconocimiento de algunas restricciones tanto constitucionales como estructurales y que, por esa razón, autorizarían la actuación de la jurisdicción constitucional para restringir las decisiones democráticas.¹⁹⁴ Afirmar la posibilidad de control de constitucionalidad solamente en relación con la adecuación del procedimiento, para Dworkin, es evadirse de la decisión sustancial, como lo hace la doctrina originalista.¹⁹⁵

Cass Sunstein, también partiendo desde la premisa de que la decisión cabe a una jurisdicción constitucional, propone la adopción de una postura minimalista por parte de la Suprema Corte, consistente en la resolución de casos concretos sin establecer una decisión general, o una regla a partir de la decisión. Su razonamiento busca alejar las posturas perfeccionistas (que pretenden hacer del texto constitucional el mejor posible, a partir de sus criterios personales), mayoritaristas (que se doblegan a las decisiones mayoritarias, excepto en los casos de clara violación de la Constitución) y fundamentalistas (que defienden la Constitución según su texto original, con el significado que cargaba en el momento de su promulgación).¹⁹⁶ La posición minimalista, quizás adecuada en un sistema exclusivamente difuso de control de constitucionalidad, no trae respuestas al modelo brasileño, que permite un cuestionamiento sobre la ley abstractamente considerada, imponiendo al Poder Judicial una respuesta obligatoriamente general y política.

undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system” (p. 103). En la corrección de ese funcionamiento defectuoso reside el papel de la jurisdicción constitucional.

¹⁹³ Dicho concepto también considera la democracia como acción colectiva, pero en la que las decisiones del grupo revelan simplemente lo que los miembros individuales deciden por sí, sin que haya conciencia de la acción como grupo (Dworkin, Ronald, *Liberalismo...*, cit., p.49. (Gargarella, Roberto, *La justicia...*, cit., p. 148).

¹⁹⁴ Dworkin, Ronald, *Liberalismo...*, cit., p. 72.

¹⁹⁵ Dworkin, Ronald, *Uma...*, cit., p. 43. Para el autor, el Tribunal Constitucional debe tomar decisiones políticas de principio y no de política: “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral”, a partir de una visión sustantiva (p. 101). El texto utilizado aquí —“O fórum do princípio”— fue publicado originalmente en 1981.

¹⁹⁶ Sunstein, Cass R., *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*, Nueva York, Basic Books, 2005.

Ronald Dworkin, John Hart Ely y Cass Sunstein elaboran sus análisis a partir de la realidad estadounidense, una Constitución fuertemente rígida y sucinta, con dispositivos abiertos y de vigencia superior a doscientos años.¹⁹⁷ En los Estados Unidos, existe constructivismo judicial y la Suprema Corte es marcadamente protagonista, para acompañar los cambios sociales y las nuevas demandas de justicia.¹⁹⁸ Dificilmente se podría negar el importante papel del control de constitucionalidad en la construcción y en la afirmación de derechos fundamentales, con el alargamiento de sus destinatarios.

Eduardo García de Enterría subraya la experiencia distinta del constitucionalismo estadounidense, a partir de la supremacía normativa de la Constitución relacionada a la idea del derecho natural, que se impone a los jueces y que pone la voluntad permanente del pueblo sobre la voluntad del legislador.¹⁹⁹ En Europa, esto no se repite: la Constitución surge para limitar el principio monárquico, algo posterior a él y “nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho”.²⁰⁰ Parece que esa segunda trayectoria es que se aproxima a la realidad brasileña.²⁰¹

Cabe todavía mencionar el análisis de Roberto Gargarella. Para el jurista argentino, la defensa intransigente del Poder Judicial como lugar de la palabra final sobre la constitucionalidad de las normas supone premisas conservadoras, como la que no ve en la ciudadanía, el origen de decisiones correctas, y también elitistas, que observa en los jueces virtudes superiores y la capacidad de ser imparcial. Dichas nociones, junto con la “*brecha interpretativa*”, acaban por permitir que el juez ocupe el lugar de la voluntad popular.²⁰²

¹⁹⁷ Georges Burdeau hace una advertencia sobre el ejemplo estadounidense y la ilusión en importarlo. Critica los “oráculos” judiciales e indaga, “*Mais alors qui contrôlera l’activité de l’oligarchie judiciaire?*” (Burdeau, Georges, *op. cit.*, pp. 87-90).

¹⁹⁸ Quizás la aceptación de una construcción constitucional cotidiana a partir de una Constitución de principios, llena de tenemos abiertos, sea el precio a pagar por un texto conciso.

¹⁹⁹ El autor resalta la reverencia dirigida a la Suprema Corte en los Estados Unidos y su identificación con la nación. Señala la mitología religiosa de A. S. Miller que ve la “Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el ‘Marbol Palace’, en el palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad” (García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 127).

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 52-55.

²⁰¹ Sin embargo, Ramón Narváz señala que la América Latina, por influencia de los Estados Unidos, ya acepta la noción de Constitución como ley en el siglo XIX (Narváz, Ramón, *Codificação: do desenho europeu à sua assimilação no Novo Mundo*, Ponencia en el Programa de Posgrado en Derecho de UFPR, Curitiba, 14 de septiembre de 2009).

²⁰² Gargarella, Roberto, *La justicia...*, *cit.*, pp. 12, 51 y 59.

Gargarella, partidario de la lectura democrática de Carlos Santiago Nino y refractario a una legitimación absoluta del control judicial de constitucionalidad, propone la realización de cuatro “testes” para la verificación del trabajo de la jurisdicción constitucional. El primero, es de la consistencia —las decisiones constitucionales deben ser consistentes en tributo al principio de igualdad—, en obediencia al comando de trato con igual consideración y respeto (en la línea de Dworkin).²⁰³ El segundo test se vincula con la democracia. Para el jurista argentino, la jurisdicción constitucional, a la manera de Ely, debe dejar las decisiones substantivas en las manos del pueblo y proteger los procedimientos democráticos a partir de dos valores a ser preservados: la regla mayoritaria y el carácter republicano del gobierno. El tercer enfoque se refiere a los derechos humanos, al respeto a las decisiones individuales y al ámbito de la autonomía. Las decisiones judiciales deben fundamentarse en razones públicas (conforme la lectura de Rawls), garantizando el debido proceso, alejando una posición perfeccionista y rechazando un concepto de bien como válida para todos los individuos. Finalmente, el último test está centrado en la protección de las minorías y de los grupos desaventajados.²⁰⁴

Horacio Spector, afirma la necesidad de mecanismos de control de las decisiones legislativas para asegurar la imparcialidad de las decisiones colectivas, ante la necesaria adopción de la regla de la mayoría, de las fallas de la democracia representativa (que no implica la igualdad política: “no

²⁰³ “En efecto, dado que ellos son los últimos intérpretes de la Constitución, no pueden dejar a la ciudadanía en ignorancia del derecho, es decir, temerosa por no saber a qué atenerse en materia jurídica. Es inaceptable que la ciudadanía no sepa si, digamos, va a ser protegida o encarcelada como resultado de algunas opciones de vida que tome, si va a contar con el respaldo del Estado o si va a ser perseguida por él, a resultas de algunas de sus acciones” (Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 90). La crítica de Gargarella al tribunal argentino se aplica perfectamente a la Corte brasileña: los jueces son capaces de contradecirse radicalmente en relación con sus decisiones más importantes en cuestión de horas, pero al mismo tiempo se mantienen firmes en áreas que podrían realizar un cambio importante. A veces exigen que las normas constitucionales se adapten a la realidad viva, y otras veces asumen interpretaciones originales, sin explicar porqué optan por una o por otra, siendo que esas opciones llevan a resultados opuestos (p. 92).

²⁰⁴ *Ibidem*, capítulos. El autor afirma que la tarea del tribunal constitucional no está claramente justificada y que la obediencia a sus decisiones deriva más de razones de prudencia que de razones morales o constitucionales (pp. 123 y 124). Gargarella, niega el argumento de que el Poder Judicial permite una apertura democrática para los grupos sin acceso al Poder Legislativo. El acceso, para él, no es democracia: democracia es participación y control. Y la decisión judicial no está abierta ni a la participación tampoco al control. El Poder Judicial, enfatiza, tiene credenciales democráticas débiles (Gargarella, Roberto, *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*, Ciclo de ponencias presentadas en el Programa de Posgrado en Direito—UFPR, Curitiba, 2 y 3 de marzo de 2009).

implementa la igualdad de influencia o la igualdad de oportunidades para tomar decisiones políticas”) y de la impositiva protección de los derechos de las minorías. Para el autor, el proceso judicial permite la conducción de un “proceso reflexivo de deliberación pública” y existe nada más que una tensión aparente entre democracia y control de constitucionalidad.²⁰⁵

Los principios constitucionales positivados cristalizan los valores que dan los contornos al trabajo doctrinario y jurisprudencial, reduciendo —sin anular— el trabajo integrador y recreador de los jueces y de los juristas. Y, subraya Manuel Aragón, existe un papel decisivo de los tribunales constitucionales en el enderezamiento de la jurisdicción ordinaria.²⁰⁶

En obediencia al principio de la corrección funcional, la jurisdicción constitucional no puede, bajo el pretexto del ejercicio de la función de control de la producción legislativa que le atribuye la Constitución, limitar la libertad conformadora del legislador más allá de los límites constitucionales, o sustituirlo. Hay que reconocer la primacía del legislador en la concreción de la Constitución: la voluntad del legislador democrático goza de presunción de constitucionalidad.²⁰⁷

En sentido opuesto, para Eduardo García de Enterría, el *tribunal constitucional* es como un poder neutro que sustenta la efectividad del sistema constitucional, garantizando la Constitución y corporificándola: “un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”.²⁰⁸

²⁰⁵ Spector, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 231-246, pp. 233, 235, 243 y 246. Estefânia Maria de Queiroz Barbosa también defiende que la tensión entre jurisdicción constitucional y democracia es sólo aparente y que al Poder Judicial cabe proteger las minorías y garantizar sus derechos fundamentales. La autora todavía afirma que “é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos, que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais” (Barbosa, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, pp. 22, 207 y 210).

²⁰⁶ Aragón, Manuel, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

²⁰⁷ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974], pp. 47 y 52.

²⁰⁸ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 197 y 198. Pese a dicho concepto del papel del Tribunal Constitucional, el autor subraya la interpretación conforme la Constitución y el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes que a ella se relaciona, afirmando que además de asegurar que una ley es válida hasta ser declarada inconstitucional eso significa “primero, una confianza otorgada al legislador en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista «duda razonable» sobre su con-

Manuel Aragón se opone claramente a Eduardo García de Enterría, afirmando que el principio democrático impide considerar el *tribunal constitucional* como un comisionado del poder constituyente. La existencia de un comisionado del poder constituyente, que la Constitución democrática inadmite, sería un desplazamiento del principio monárquico. Sustenta que el principio democrático impone el reconocimiento de la capacidad de realización normativa de la Constitución sólo al órgano representativo del pueblo, el legislador, que tiene así, legitimidad constitucional para colmar la apertura de las normas constitucionales, exigida por el pluralismo.²⁰⁹

Eduardo García de Enterría responde a las objeciones hechas a la jurisdicción constitucional, refiriéndose al “tribunal de la historia” que confirmaría el papel del Poder Judicial en la protección de la Constitución,²¹⁰ y afirmando que, como la Constitución es una norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada judicialmente, por criterios y métodos jurídicos.²¹¹

Robert Alexy afirma que, para el control jurisdiccional de constitucionalidad ser considerado democrático, es necesario vincularlo con la representación popular. Para eso, sugiere la necesidad de superación de una democracia “decisional”, donde las decisiones son tomadas a partir de un sistema basado en elecciones y en la regla de la mayoría, para una democracia “deliberativa”, donde el argumento componga la toma de decisión. Según Alexy, la jurisdicción constitucional desempeña un papel de “representación argumentativa”, en la que existe la representación del pensamiento del pueblo, manifestada por la aceptación de los argumentos como co-

tradición con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permite una interpretación inconstitucional habrá que suponer que, siempre que sea «razonablemente posible», el legislador ha sobrentendido que la interpretación con la que habrá de aplicar dicha ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales” (p. 96).

²⁰⁹ Aragón, Manuel, *op. cit.*, p. 9-45, en especial pp. 37 y 38.

²¹⁰ La experiencia de los Estados Unidos y de los países europeos, para Eduardo García de Enterría, demuestra el correcto funcionamiento del sistema con ventajas políticas pese a sus objeciones teóricas. La jurisdicción constitucional actúa, para el autor, como un instrumento de integración política y social, poniendo la Constitución sobre intereses políticos ocasionales, además de acentuar el sentido de la política, contribuyendo para la paz jurídica y la renovación de los consensos fundamentales. Adelante afirma, sin embargo, que el éxito del Tribunal Constitucional está en la autenticidad y en el rigor de sus jueces (García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 116, 192-195 y 205).

²¹¹ *Ibidem*, pp. 1175-1178. La utilización del método jurídico es que asegura la legitimidad del Tribunal Constitucional, que, aunque no pueda ser ciego a las consecuencias políticas de su decisión, no puede escapar de la Constitución o del derecho tampoco alejar una ley por no estar de acuerdo con sus consecuencias jurídicas (pp. 183 y 184).

rectos por individuos racionales. Así, es legítima su prevalencia en relación con la representación basada en la elección.²¹²

El establecimiento de “canales comunicativo-discursivos” entre el derecho y la política, “evitando a sobrecarga jurisdiccional da política e, ao mesmo tempo, a instrumentalização política do Direito”, puede justificar la jurisdicción constitucional, afirma José Joaquim Gomes Canotilho. Se debe observar, sin embargo, para la retórica argumentativa de sus decisiones, so pena de un “discurso moral realizador concretizador de valores” capaz de “transformar os tribunais em instâncias autoritário-decisórias transportadoras de uma compreensão paternalista e moralizante da jurisdição constitucional”.²¹³

Para Cristina Queiroz, esa realidad de una concepción de derechos, que se amplía más allá del concepto de código y que sitúa al Poder Judicial en el centro del constitucionalismo, implica un concepto de derecho que engloba “além das normas, os princípios, os valores e as formas de argumentação, que servem de referências às decisões jurídicas”. Se pasa de la dogmática a la pragmática.²¹⁴

Clèmerson Merlin Clève afirma que “a legitimidade da ação jurisdiccional repousa basicamente sobre a racionalidade e a justiça da decisão” y la justicia se valida por los valores consagrados en la Constitución, en los principios fundamentales y en las normas que se deducen de su preámbulo.²¹⁵ El autor resalta que la Constitución no debe ser neutra ante las posibles decisiones de una mayoría eventual y que debe imponer límites a esa mayoría para proteger su identidad. Dicho concepto de Constitución exige un “tipo de operador jurídico que comprenda a Constituição como um espaço de luta como compondo uma identidade que não pode ser absolutamente que-

²¹² Robert Alexy defiende que la argumentación constitucional es (o puede ser, en un grado considerable) racional y es acompañada de objetividad (Alexy, Robert, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, 2005, núm. 3, pp. 572-581, 3, (4).

²¹³ Canotilho, José Joaquim Gomes, “Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra, Coimbra, 1996. vol. 1, pp. 871-887, en especial pp. 877 y 879.

²¹⁴ Queiroz, Cristina, “Constituição, constitucionalismo e democracia”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996. vol. 1, pp. 457-480, en especial p. 477.

²¹⁵ Clève, Clèmerson Merlin, *Temas... cit.*, p. 44. También en ese sentido el pensamiento de Angela Cristina Pelicoli, que afirma que la actuación del juez constitucional como legislador positivo exige una justificación racional y una relación directa con la concreción de los derechos fundamentales (Pelicoli, Angela Cristina, “O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo: o caso da fidelidade partidária”, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, año. 24, núm. 11, noviembre de 2008, pp. 1259-1275, en especial p. 1260).

brada, que compreenda a Constituição como tarefa, mas também como limite”.²¹⁶

Para Luiz Edson Fachin, existe una “ligação umbilical” entre la jurisdicción constitucional y el principio democrático, revelada por el papel de la Suprema Corte en relación con la Constitución de los Estados Unidos. Para el doctor Luiz Guilherme, las cortes constitucionales no sólo salvaguardan la Constitución, sino que son “veículo de justificação e fundamentação material dos direitos que devem ser protegidos pelo Judiciário”.²¹⁷ Con Cláudio Pereira de Souza Neto, la jurisdicción constitucional, lejos de ser un óbice a la democracia, enriquece el proceso democrático, pues se da por un proceso de racionalización dialógica.²¹⁸

Aunque la democracia y el constitucionalismo se muestran como conceptos que operan principios opuestos, se retroalimentan, son “equiprimordiais e co-originários” y constituyen uno al otro, afirma Menelick de Carvalho Netto: “a democracia só é democrática se for constitucional” y “o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”.²¹⁹

Luiz Guilherme Marinoni afirma la evidencia de la necesidad de un control de la producción legislativa, “resultado da coalisão das forças dos varios grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos”, a partir de los “princípios da justiça”. Para el doctor Luiz Guilherme aunque se aleje el pluralismo, la ley debe ser limitada y conformada a los “princípios da justiça”. Esos principios están en el texto constitucional, tienen carácter sustancial y requieren conformación de la ley con los derechos fundamentales. En su tarea de analizar la conformidad de la ley a la Constitución y de alejar las normas inconstitucionales, el juez debe demostrar, con fuerte argumentación, porque no puede subsistir la decisión de la representación política.²²⁰

En fuerte crítica en contra del papel de legislador de la jurisdicción constitucional, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirma que “a cida-

²¹⁶ Clève, Clèmerson Merlin, “Controle de constitucionalidade e democracia”, en Maués, Antônio G. Moreira, (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 49-60, y en especial 51 y 58.

²¹⁷ Fachin, Luiz Edson, “Defesa da Constituição, cortes supremas e Estado social democrático”, *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, año. 2, núm. 3, abril de 2007, pp. 102-107, 2007.

²¹⁸ Souza Neto, Cláudio Pereira de, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, Río de Janeiro, Renovar, 2002.

²¹⁹ Carvalho Netto, Menelick, “Racionalização...”, *cit.*, diciembre 2003, pp. 81-108, en especial pp. 82 y 83.

²²⁰ Marinoni, Luiz Guilherme, “A Jurisdição no Estado Constitucional”, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2009, vol. 7, pp. 423-514.

dania não precisa de tutores”. Subraya que la jurisdicción constitucional pasa a asumir “o lugar de um poder constituinte permanente de desenvolvimento de valores pressupostos à Constituição, limitando, dirigindo e antecipando-se ao Legislativo”, y que la justificación de la actuación del juez constitucional se relaciona con la teoría discursiva que supone un pluralismo axiológico y cultural, una política deliberativa y la influencia de la opinión pública libre. Su posición parece aproximarse a la de John Hart Ely, al afirmar la necesidad de reconstrucción de la jurisdicción constitucional brasileña a partir de la tarea de examinar y garantizar la “realização das condições procedimentais, das formas comunicativas e negociais, para um exercício discursivo da autonomia política”.²²¹

La jurisdicción constitucional es dominada por la ciudadanía, por la sociedad y su forma de pensar la justicia y el derecho, “o povo conduz a interpretação das normas constitucionais” haciéndose presente en este momento también político, asevera Cármen Lúcia Antunes Rocha.²²²

Para Paulo Bonavides, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es lo que más se armoniza con la “inspiração primordial” de las Constituciones: “a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis”. Para el autor, la jurisdicción constitucional es “coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis”.²²³

En otro texto, Bonavides afirma que “a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade”. Según su visión, aunque la legitimidad de la jurisdicción constitucional es pacífica, debe fijarse en la legitimidad del ejercicio de esa jurisdicción, con el objetivo de evitar una dictadura constitucional. Protesta contra la acción directa de constitucionalidad y contra la denuncia de incumplimiento de precepto fundamental, que prestan “um caráter autocrático ao sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade”. Para el autor, el control difuso es el más democrático y el más independiente. Al contrario, el control concentrado, influido por razones políticas, acaban por tener la autoridad última sobre la orden constitucional, pudiendo “resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêu-

²²¹ Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade, “Jurisdição constitucional: um poder constituinte permanente?”, en Sampaio, José Adércio Leite y Cruz, Álvaro Ricardo de Souza (coords.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional, Estudos em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 67-91.

²²² Rocha, Cármen Lúcia Antunes, “A Constituição...”, *cit.*

²²³ Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 301.

ticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior”. Así, “a Constituição, desfalecida, sai da letra de constituinte para a sentença de tais juízes” y el tribunal pasa a ser el “fiador do Estado de Direito”.²²⁴

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal, bajo la Constitución de 1946, afirmó su papel de “um constituinte permanente”, ante sus deberes políticos, además de sus tareas jurídicas. Del voto del Ministro Edgard Costa, en el pedido de intervención federal en el estado de Mato Grosso, juzgado en 1951, motivado por la existencia de dos presidentes, dos vice-presidentes y dos inspectores del *tribunal de justiça*, hipótesis no prevista en la Constitución como causa de intervención, se extrae el entendimiento de que la naturaleza de las funciones del Supremo Tribunal Federal permite su “função construtora” y su actuación, aunque en el silencio de la ley, como “órgão regulador do regime na manutenção de sua ordem jurídica”.²²⁵ Extracto de decisión de 1952, que indica de manera más sutil la visión que el Supremo Tribunal tiene de sí mismo y de su supremacía ante los demás poderes, afirmando la inadmisibilidad de una interpretación contraria a la suya por el legislador.²²⁶

Esa autocomprensión parece evidenciar la actuación del Poder Judicial brasileño al día de hoy. Con una práctica que sugiere una tendencia a la centralización del control de constitucionalidad, el Supremo Tribunal Federal surge como el nuevo soberano, capaz de relevar la voluntad democrática por la única lectura “adecuada” del texto constitucional —aquella promovida por sus ministros—.²²⁷

²²⁴ Bonavides, Paulo, “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”, en Figueiredo, Marcelo y Pontes Filho, Valmir (orgs.), *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 520-549, 521-523, 525; 533 y 534; 544 y 545.

²²⁵ Pedido de intervención 14/51, relator, ministro Edmundo Maedo Ludolf, voto del ministro Edgard Costa, obtenido junto al Supremo Tribunal Federal. La expresión “competencia constructiva” del Supremo Tribunal Federal también es utilizada en el aditamento al informe en la Reclamación 315, relator ministro Ribeiro da Costa, juzgada el 31 de mayo de 1957 el *www.stf.jus.br*.

²²⁶ “Admitir o Superior Tribunal que, após interpretar a constituição de um modo, possa a lei ordinária adotar interpretação oposta, equivaleria a renunciar ele a sua atribuição máxima, de mais alto intérprete da constituição, para transferi-la ao legislador ordinário, que assim se transmudaria em poder constituinte permanente, não apenas pela forma que a carta magna prevê, mas também através da elaboração das leis comuns”. Recurso Extraordinario 19520/DF, relator ministro Luiz Galotti, juicio del 5 de junio de 1952.

²²⁷ António Manuel Hespanha resalta la influencia de la idea de que la legitimidad del saber (de los juristas, más específicamente) es más fuerte que la legitimidad democrática en la justificación de un control judicial de constitucionalidad. Señala todavía que la legitimidad democrática como base a las normas jurídicas pierde espacio también para la ley del mer-

Asimismo, dicha visión no se coaduna con el Estado de derecho y con la visión de la ley como derecho de emanación democrática, y no sólo como desarrollo de la Constitución, conforme afirma Manuel Aragón. Aunque es una institución crucial del Estado de derecho, al garantizar la Constitución como norma, el Supremo Tribunal Federal no puede asumir el papel, empero, de “representante en la tierra” del poder constituyente.²²⁸

En relación con la imposibilidad de que el legislador ordinario se oponga a la interpretación del Supremo Tribunal Federal, a los ministros del tribunal máximo no cabe asociar un contenido definido e inseparable de las decisiones legislativas, bajo la posibilidad de desconsiderar su configuración como órgano de soberanía, y con primacía en la toma de decisiones políticas.²²⁹

No se niega, empero, la función del Poder Judicial de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas elaboradas por el Parlamento y, en determinados casos, sancionadas por el Poder Ejecutivo. La cuestión es que la invalidación por un tribunal de una decisión construida en el ámbito político con fundamento constitucional no es pasible de alejamiento por otro órgano estatal, aunque representativo y responsable —lo que puede llevar a una evaluación de dicha función del Poder Judicial a partir de los principios adoptados para alejar la decisión—²³⁰ o sus resultados.

Tampoco se niega el papel del Poder Judicial en la protección de las reglas democráticas. Se reconoce que el control judicial de constitucionalidad debe actuar para vigilar el proceso de representación política como un árbitro —o controlar el proceso democrático—,²³¹ abrir los canales de cambio político y facilitar la representación de las minorías.²³²

cado internacional (Hespanha, António Manuel, *Será que a Democracia e a Constituição ainda são o que eram? Como se realizam os consensos básicos nas sociedades de hoje*, ponencia presentada en el Programa de Posgrado en Derecho-UFPR, Curitiba, 5 septiembre de 2008).

²²⁸ Aragón, Manuel, *op. cit.*, p. 9-45, en especial pp. 40 y 41.

²²⁹ Georg Jellinek cuestiona, al tratar de la mutación de la Constitución por la práctica constitucional, la posibilidad de aniquilar un poder cuando se atribuye a su acción un contenido vinculante. Aduce: “cuando a una competencia política se le adjudica un contenido determinado e inquebrantable, entonces el poder se transforma en un deber” (*Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 37).

²³⁰ Como acentúa John Hart Ely (Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, pp. 4 y 5).

²³¹ Conforme Nino, Carlos Santiago, “Derecho...”, *cit.*, pp. 317-321.

²³² Como indica John Hart Ely (Ely, John Hart, *op. cit.*, Roberto Gargarella también incluye la garantía de las condiciones del debate democrático al lado de la protección a una esfera de invariable autonomía individual, entre las tareas principales del sistema de control de leyes (Gargarella, Roberto, *La justicia...*, *cit.*, pp. 262-265).

Su actuación, sin embargo, no es ilimitada.²³³ La ausencia de límites en el ejercicio de las funciones de los agentes públicos no encuentra abrigo en un Estado de derecho, en una Constitución democrática. Cuando la norma constitucional no ofrece sólo una posibilidad para su concreción, o cuando el poder constituyente posterga la decisión, la decisión política cabe al legislador. Además, existe una presunción de constitucionalidad del legislador: la jurisdicción constitucional, en obediencia al principio democrático, solamente debe declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando aclara su contradicción con la Constitución.

²³³ Resalta António Manuel Hespanha que actualmente la ley es la última razón de decidir tenida en cuenta por los jueces, después de la doctrina y de la jurisprudencia. Para el profesor, es necesario limitar el arbitrio judicial, retornando a la antigua enseñanza: tópica, retórica, valor, límites de los argumentos (Hespanha, António Manuel, *Justiça e Democracia: que perigos vemos hoje para a justiça democrática*, ponencia presentada en el Programa de Posgrado en Derecho—UFPR, Curitiba, 5 de mayo de 2009). Por otro lado, Herbert L. A. Hart afirma que el sistema de control de constitucionalidad que da al Poder Judicial la última palabra, “é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político” (Hart, Herbert L. A., “Pós-escrito”, en *O conceito de Direito*, 4a. ed., trad. de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], pp. 299-339, p. 339).